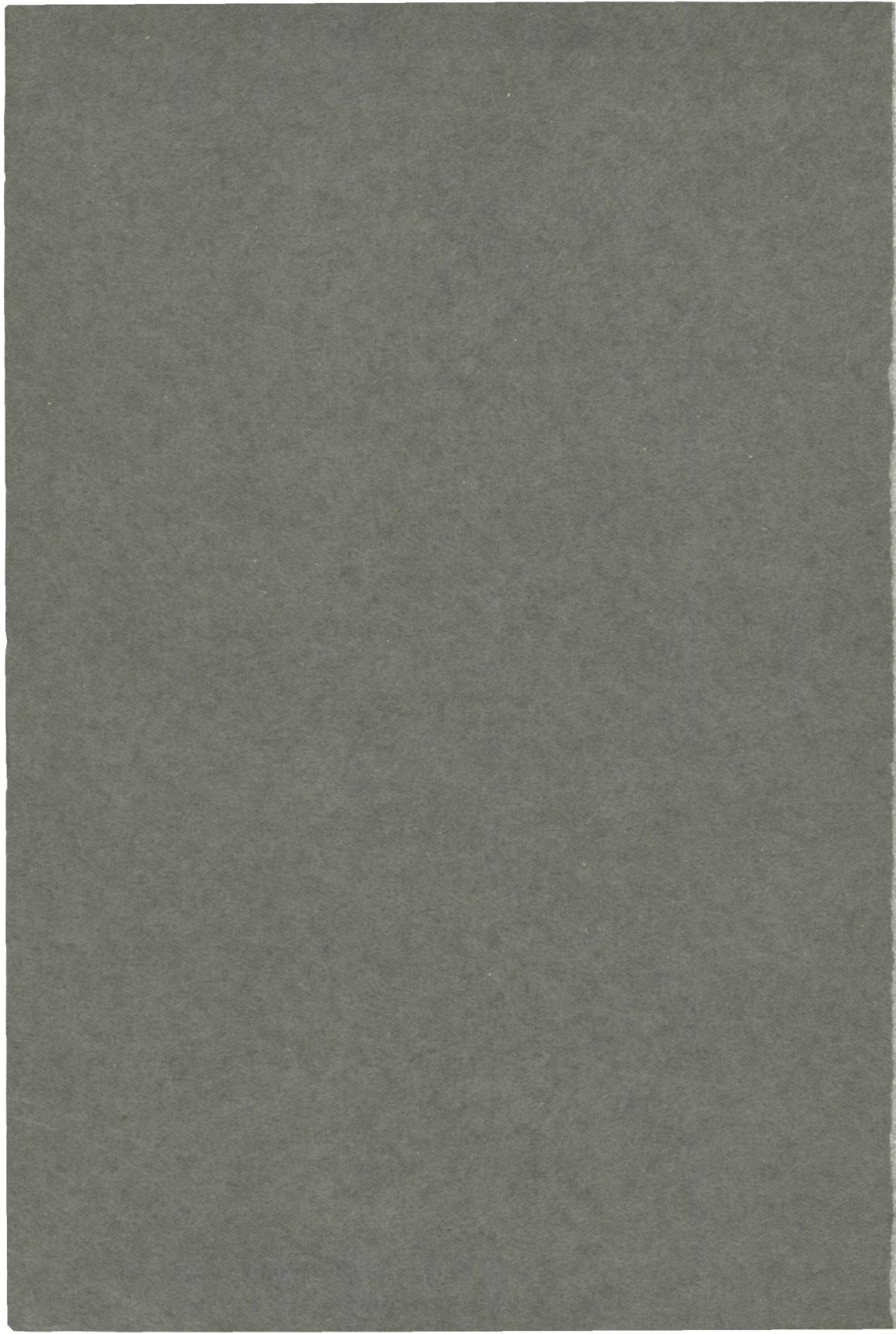


E. A. A. LUIJTEN

HET NIEUWE HUWELIJKS-
VERMOGENSRECHT

N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK
ZWOLLE



HET NIEUWE HUWELIJKSVERMOGENSRECHT

Promotor: PROF. MR. W. C. L. VAN DER GRINTEN

HET NIEUWE HUWELIJKSVERMOGENSRECHT

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN
DOCTOR IN DE RECHTSGELEERDHEID AAN
DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE NIJ-
MEGEN OP GEZAG VAN DE RECTOR MAG-
NIFICUS DR. H. J. LAMMERS, HOOGLERAAR
IN DE FACULTEIT DER GENEESKUNDE,
VOLGENS HET BESLUIT VAN DE SENAAT
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP
VRIJDAG 21 DECEMBER 1962, DES NA-
MIDDAGS TE 4 UUR

DOOR

EMILIUS ADRIANUS ANTONIUS LUIJTEN
geboren te Wijchen

N.V. UITGEVERSMAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK - ZWOLLE
1962

Waardevolle steun ontving ik bij de voltooiing van dit proefschrift van Mr. P. W. van der Ploeg, notaris te Amsterdam en Prof. Mr. J. M. Polak, hoogleraar te Wageningen; aan beiden zeg ik hiervoor in gelijke mate dank.

Erkentelijkheid wil ik verder betuigen aan notaris P. J. H. Brouwers te Heerlen, die gedurende de laatste jaren mij in zo ruime mate in staat stelde mijn wetenschappelijke taak met mijn praktische arbeid in het notariaat te verenigen.

Voorts betuig ik dank aan Dr. Karl A. Jansen, Notarassessor te Keulen, voor zijn zo bereidwillig verstrekte hulp bij de beschouwing van de raakpunten met het Duitse recht en bij de redactie der samenvatting.

Tenslotte heb ik onschatbaar veel te danken aan mijn vrouw, die mij bij de voltooiing van dit werk getrouwheid, hulp en bijstand bewees in een mate, die verre overtrof hetgeen door enige norm wordt verlangd.

INHOUD

	<i>pag.</i>
INLEIDING	1
Hoofdstuk I – ALGEMENE REGELS BETREFFENDE DE VERMOGENSRECHTELIJKE RECHTEN EN VERPLICHTINGEN DER ECHTGENOTEN	3
§ 1. De man is het hoofd der echtvereniging (art. 159 lid 1)	3
§ 2. De bekostiging der huishouding (art. 161 lid 1 t/m 4)	7
§ 3. Alimentatie tussen echtgenoten (artt. 158 en 161)	15
§ 4. Huishoudgeld (artt. 162 lid 2 en 163)	20
§ 5. De aansprakelijkheid voor huishoudschulden (artt. 162 lid 1 en 163)	24
§ 6. Beschermende voorschriften (artt. 164, 164a en 164b)	30
A. Koop op afbetaling ten behoeve der huishouding (art. 164)	31
B. Andere bezwarende overeenkomsten en hande- lingen (artt. 164a en 164b)	34
§ 7. Bestuursopdracht (art. 165)	44
§ 8. Aansprakelijkheid voor bestuur (art. 166)	49
§ 9. Derdenbescherming (art. 167)	52
§ 10. Overeenkomsten tussen echtgenoten	55
Hoofdstuk II – DE WETTELIJKE GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN	67
Deel A. Het bestaan der wettelijke gemeenschap van goederen	67
§ 1. Oorsprong en aard der wettelijke gemeenschap (art. 174)	67
§ 2. De goederen der gemeenschap; hoogst persoonlijke goederen (art. 175)	73
§ 3. Uitsluiting van de gemeenschap door erflater of schenker (art. 175 lid 1 slot)	94
§ 4. De schulden der gemeenschap (art. 176)	99
§ 5. Het bestuur der gemeenschapsgoederen (art. 177)	105
§ 6. De gemeenschap en het faillissement van één der echtgenoten (artt. 61, 62 en 63 der Faillissements- wet)	131

Deel B. De ontbinding der gemeenschap	144
§ 1. Oorzaken der ontbinding (art. 178); opheffing der gemeenschap bij vonnis (art. 180)	144
§ 2. Gevolgen der ontbinding (artt. 181, 182 en 183)	152
§ 3. De verplichting tot boedelbeschrijving (art. 179)	157
§ 4. Afstand der gemeenschap (artt. 184 t/m 188)	161
Hoofdstuk III – HUWELIJKSVORWAARDEN	168
Deel A. Algemeen Deel	168
§ 1. De aard der overeenkomst van huwelijksvoorwaar- den (art. 194)	168
§ 2. De speciale verbodsbepalingen uit de 8ste Titel (artt. 196, 197 en 198)	175
§ 3. Bekwaamheid en bevoegdheid (artt. 206, 203 lid 2 en 204)	178
§ 4. De vorm der huwelijksvoorwaarden (artt. 201 en 203 lid 1)	188
§ 5. Tijdstip en inwerkingtreding (artt. 200 en 202)	189
§ 6. Bewijs van aanbreng en latere verkrijgingen (art. 205)	194
§ 7. Publicatie van huwelijksvoorwaarden (art. 207)	205
Deel B. Stelsels van huwelijksgoederenrecht	212
§ 1. De invloed der wetshervorming op de keuzestelsels; omzettingsproblemen	212
§ 2. De uitwerking der wetshervorming op de praktijk der huwelijksvoorwaarden; resultaten van het ge- houden onderzoek	231
ZUSAMMENFASSUNG	249
LIJST VAN GERAADPLEEGDE WERKEN EN VAN DE VOORNAAMSTE DER AANGEHAALDE TIJD- SCHRIFT-ARTIKELEN	253

LIJST VAN AFKORTINGEN

A.B.	Wet houdende Algemene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk
ac.	academisch (proefschrift)
A.G.	Advocaat-Generaal
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland)
B.N.B.	Beslissingen Nederlandse Belastingzaken
B.W.	Burgerlijk Wetboek
C.C.	Code Civil (Frankrijk)
cf.	conform
Corr. Blad	Correspondentieblad van de Broederschap der Notarissen in Nederland
e.v.	en volgende
F.W.	Faillissementswet
Hand.	Handelingen
H.R.	Hoge Raad
Ktg.	Kantongerecht
Ktr.	Kantonrechter
N.G.O.	Nader Gewijzigd Ontwerp
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
N.J.V.	Nederlandse Juristen-Vereniging
P.G.	Procureur-Generaal
P.W.	Periodiek Woordenboek van administratieve en gerechtelijke beslissingen
Rb.	Rechtbank
rspr.ov.	rechtspraakoverzicht
R.v.d.W.	Rechtspraak van de Week
rvr.	rechtsvraag
S.	Staatsblad
t.a.p.	te aangehaalder plaatse
Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
T.V.V.S.	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
vgl.	vergelijk
W.	Weekblad van het Recht (1838–1943)
W.N.R.	Weekblad voor Notarisambt en Registratie (1870–1898)
W.P.N.R.	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie (vanaf 1899)
W. van K.	Wetboek van Koophandel
W. van B.Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

INLEIDING

Op 1 januari 1957 trad in werking de Wet van 14 juni 1956 (S. 343) genaamd „Wet tot opheffing van de Handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw”, soms aangeduid als de Lex Van Oven naar de naam van hem, die als minister werd geroepen om haar tot het Staatsblad te voeren. De grote betekenis dezer wet behoeft thans wel geen betoog meer, doch evenzeer duidelijk is het, dat deze betekenis veel groter is dan haar titel doet veronderstellen. Naast de afschaffing van het algemene vermogens- en procesrechtelijke instituut der handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw, bracht deze wet immers belangrijke wijzigingen in het wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht, o.m. door een opzienbarende hervorming van het bestuur der wettelijke gemeenschap, doch ook in de wettelijke bepalingen betreffende huwelijksvoorwaarden in het algemeen, o.m. door het verlaten – in absolute zin – van het onveranderlijkheidsbeginsel. Daarnaast bracht de novelle nog vele andere – meer of minder belangrijke – veranderingen.

Het meest in het oog springende aspect dezer wet was echter wel het feit, dat de wetgever gemeend heeft tezamen met de handelingsonbekwaamheid der gehuwde vrouw tevens de maritale macht, gelijk deze zich in verschillende opzichten vermogensrechtelijk uitte, volledig te moeten doen verdwijnen. Ik zal in dit werk, waar zulks mogelijk is, de vraag behandelen of het laatste de noodzakelijke consequentie van het eerste was.

Los van deze vermogensrechtelijke hervormingen heeft de Lex Van Oven zich echter mede de regeling der familierechtelijke gevolgen van het huwelijk aangetrokken, voorzover zij de verhouding tussen de echtgenoten betreffen. Zo werd implicite aan de gehuwde vrouw een onafhankelijke woonplaats toegekend, werd haar gehoorzaamheidsplicht, doch tevens de verplichting van de man haar te beschermen, uit de tekst verwijderd, werd een nieuwe regeling betreffende de plaats van samenwoning ingevoerd (art. 160) en werd een uitgebreide regeling van het dragen der huishoudkosten opgenomen (art. 161). Ook deze familierechtelijke wijzigingen waren van niet geringe betekenis. Men kan echter huwelijksvermogens- en familierecht niet geheel scheiden; er is samenhang en verband. Eenzelfde regel heeft soms twee aspecten, hetgeen in een werk over huwelijksvermogensrecht moeilijkheden van geheel eigen aard schept. Voorbeelden hiervan zijn o.m. de

regel „De man is het hoofd der echtvereniging” (art. 159 lid 1) en de regeling der wederzijdse onderhoudsplicht (artt. 158 en 161), terwijl tenslotte de vraag der samenwoning (art. 160) invloed heeft o.a. op de onderhoudsplicht en de verplichting tot verstreking van huishoudgeld (art. 162 lid 2). Voorts zijn o.m. de rechtsfiguren scheiding van tafel en bed (artt. 288 e.v.) en echtscheiding (artt. 262 e.v.) op zich van zuiver familierechtelijke aard, doch hun vermogensrechtelijke gevolgen zijn van grote betekenis. In een beschouwing van het huwelijksvermogensrecht kan men het daarom niet geheel vermijden bedoelde voorschriften mede in de behandeling te betrekken. Met name zal dit ook het geval zijn met de regel betreffende het hoofdschap der echtvereniging, waarbij in het bijzonder de vraag of het voorschrift nog vermogensrechtelijke betekenis heeft, dient te worden beantwoord; niet enkel op grond van de plaatsing in de tekst der wet, doch omdat dit ook in feite een prealabele vraag is, zal ik mijn beschouwing zelfs met dit onderwerp beginnen.

Tot taak stel ik mij een beschouwing te geven over die delen van het huwelijksvermogensrecht, die door de Lex Van Oven ingrijpend werden gewijzigd. Ruim vijf jaren na de wetshervorming zijn thans verstreken. De in die periode opgedane ervaring in theorie en praxis zal mij daarbij tot richtlijn strekken. Ik stel mij voor in mijn systematiek nauw aansluiting te zoeken bij de wets-tekst. Het huwelijksvermogensrecht vindt zijn behandeling in de titels 6 t/m 9 van het Eerste Boek van het B.W. In Hoofdstuk I zullen de regels uit de 6e Titel worden behandeld, voorzover zij van vermogensrechtelijke of gemengd vermogensrechtelijk/familierechtelijke aard zijn. Deze regels zijn van dwingend recht en gelden ongeacht het bestaande goederenstelsel. Hoofdstuk II zoekt aansluiting bij de 7e Titel en behandelt de wettelijke gehele gemeenschap van goederen. De vernieuwingen in de 8e Titel zijn weerspiegeld in Hoofdstuk III, waarin de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden zal worden behandeld, terwijl aan het einde van dit hoofdstuk het resultaat van mijn onderzoekingen van de uitwerking der wetshervorming op de practijk der huwelijksvoorwaarden wordt weergegeven.

HOOFDSTUK I

ALGEMENE REGELS BETREFFENDE DE VERMOGENS-
RECHTELIJKE RECHTEN EN VERPLICHTINGEN DER
ECHTGENOTEN*§ 1. De man is het hoofd der echtvereniging (art. 159 lid 1)*

Steen des aanstoots voor velen, doch een wetsregel van hoge waarde voor anderen, vormt deze uitspraak van de wetgever tot heden toe een teken van tegenspraak.

Teksthistorisch ligt de oorsprong der regel niet in de Code Civil¹; aldus geformuleerd vindt men haar eerst in onze nationale wetgeving van 1838, die voor het huwelijksvermogensrecht gebouwd was op de imposante pijlers van maritale macht enerzijds en handelingsonbekwaamheid anderzijds. Voor deze beide grondzuilen vormde zij een hechte verbinding; zolang deze ongeschokt bleven, was er dan ook weinig aanleiding tot critiek op het voorschrift². Toen echter in het aan de Lex Van Oven voorafgaande Ontwerp-Wijers (1949) werd voorgesteld het voorschrift te schrappen, nu de emancipatie der gehuwde vrouw in familie- en huwelijksvermogensrecht in vergaande mate uitdrukking ging vinden, ook het Gewijzigd Ontwerp-Donker (1954) hiervan uitging en mede het juist toen gepubliceerde Ontwerp-Meijers de verwijdering van deze regel uit de tekst als een logische consequentie der hervorming bleek te aanvaarden, had het er alle schijn van, dat aan het voortbestaan der regel een definitief einde zou komen. Het Nader Gewijzigd Ontwerp-Donker (1955) handhaafde dan ook de schrapping van het voorschrift. Toen echter volgde de uiterst merkwaaardige ontwikkeling, dat in de Vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer enerzijds een meerderheid bij amendement-Oud c.s. het stelsel-Van Oven betreffende de regeling der wettelijke algehele gemeenschap van goederen voorstelde, aldus op de weg van de emancipatie der gehuwde vrouw verder gaande dan ooit tevoren was gedaan, doch anderzijds een andere meerderheid bij amendement-Verkerk c.s. voorstelde de regel betreffende het hoofdschap der echtvereniging te herstellen. Via het 2e en 3e Nader Gewijzigd Ontwerp-Van Oven (1956) wordt het voorschrift dan ook, na aanneming van het amendement-Verkerk c.s., ge-

¹ Wel voerde merkwaardigerwijze de Franse wetgever bij de wet van 18 febr. 1938 tot opheffing der handelingsonbekwaamheid der vrouw de regel in „Le mari est le chef de famille” (art. 213 C.C.); in dezelfde zin art. 144 van de Italiaanse Code

² Weliswaar stelde het Ontwerp 1886 afschaffing voor; dit geschiedde echter niet op principiele gronden, doch uitsluitend omdat men de uitwerking van het voorschrift duidelijk en volledig achtte. Het Ontwerp 1930, dat geen principiele wijzigingen voorstelde, handhaafde echter de regel weer.

handhaafd, zodat zijn bestaan sedert 1838 niet is onderbroken.

De betekenis van de regel is tot heden zeer omstreden gebleven¹, naar ik echter meen ten onrechte.

Uitgangspunt bij de verklaring van het voorschrift behoort te zijn de wil van de wetgever, gelijk deze uit de parlementaire behandeling is gebleken. Belangrijk acht ik daarom i.c. enerzijds de erkenning door de Minister (Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer d.d. 6 juni 1956, no. 1430/199), dat tussen de echtgenoten „een onmiskenbaar verschil in roeping, taak en verantwoordelijkheid” bestaat, hetgeen ertoe leidt, dat „de algehele gelijkstelling van man en vrouw buiten het gebied van het vermogensrecht niet is gegeven”, terwijl voorts in dit stuk wordt uitgesproken, dat man en vrouw „niet volkomen gelijk, maar slechts gelijkwaardig” zijn, waarbij verder blijkt, dat *buiten het eigenlijke huwelijks-goederenrecht* deze gelijkwaardigheid tot verschillen zal blijven leiden.

In het licht hiervan wordt dan anderzijds zinvol de motivering van het amendement: „Ook al zou deze regel, na de opheffing van de handelingsonbekwaamheid der gehuwde vrouw weinig of geen betekenis meer hebben voor het vermogensrechtelijke rechtsverkeer tegenover derden, dan wettigt zulks de schrapping nog niet. De regel staat in Titel 6 „Van de rechten en verplichtingen der echtgenoten” en heeft dus in ieder geval zijn betekenis voor het personen- en familierecht, alsook voor de overige terreinen van het recht, zoals het administratief recht, behouden.”

De kracht, die hier aan de regel wordt toegekend, is buiten het eigenlijke huwelijksgoederenrecht niet gering. Echter sluit deze toelichting ook een interne gelding op vermogensrechtelijk terrein niet uit; er wordt immers slechts gesproken over de ontbrekende c.q. geringe betekenis in het „*vermogensrechtelijk rechtsverkeer tegenover derden*”. Toch is deze interne gelding, die dus zou moeten inhouden een beslissende stem van de man bij het nemen van besluiten op vermogensrechtelijk terrein, praktisch niet te construeren, daar het bestuur van eigen vermogen geheel zelfstandig geschiedt en door de opmerkelijke regeling in art. 177 zelfs het bestuur over de gemeenschapsgoederen volledig is gescheiden. Ook de hervorming van de vroeger uitsluitend aan de vrouw, als zwakste partij, toegekende correctieven, als de beheersvordering (art. 160 lid 4 oud), de afstand der gemeenschap (art. 187 oud) en de vordering tot scheiding van goederen (art. 241 oud), die thans in gelijke mate aan de man ten dienste staan, vormt een sterk argument voor de stelling dezer vermogensrechtelijke onafhank-

¹ Vgl. De Bruijn p. 49 e v., die de regel onverenigbaar met het gelijkheidsbeginsel en daarom een „inelegantia juris” zonder interpretatieve waarde acht en die haar verder o m een „antiquiteit” noemt, waarvan „de confessionele groepen” niet konden scheiden; ongeveer in gelijke zin: Prakken prae-advies p. 14. Een voorzichtiger standpunt nemen in Asser-Scholten-Wiarda p. 159 en Polak prae-advies p. 8. Een zeer bezadigd oordeel geeft ook Van Vrijberghe de Coningh in Themis 1958 p. 300 in zijn bespreking van De Bruijn's handboek.

lijkheid *zonder* verplichting tot intern beraad; de vraag of het niet wenselijk ware geweest hier enige beperking aan te brengen, laat ik daarbij terzijde.

Mijn conclusie is, dat de regel inderdaad moet worden geacht slechts buiten het eigenlijke huwelijksvermogensrecht te gelden¹. Daar echter acht ik haar zeker van betekenis en niet beperkt tot de voorschriften in het familierecht en administratieve recht, die gewoonlijk als haar strikt uit te leggen toepassingen worden opgesomd.

Als zodanig worden meestal genoemd:

1. Bij gebreke van overeenstemming daaromtrent wordt de plaats van samenwoning der echtgenoten in beginsel door de man vastgesteld (art. 160 lid 2).

2. De gehuwde vrouw volgt de nationaliteit van haar echtgenoot (artt. 5 e.v. der wet van 12 december 1892, S. 268).

3. De man is subjectief belastingplichtig ook voor inkomen en vermogen zijner echtgenote (art. 2 van het Besluit op de Inkomstenbelasting en art. 9 der Wet op de Vermogensbelasting).

4. Bij verschil in nationaliteit tussen echtgenoten bij de huwelijksluiting bepaalt de nationale wet van de man hun huwelijksgoederenstatuut (art. 2 van het Verdrag van 17 juli 1905, S. 198).

5. De vader heeft een beslissende stem bij de uitoefening der ouderlijke macht over de minderjarige kinderen (art. 356).

6. Hij beheert in beginsel het vermogen der minderjarige kinderen en vertegenwoordigt hen in en buiten rechte (art. 357).

7. Hij bepaalt in beginsel hun woonplaats (art. 78).

Aan deze opsomming zijn n.m.m. nog toe te voegen:

8. Hij bepaalt ook in beginsel de nationaliteit der kinderen (artt. 1 e.v. van de Wet van 12 december 1892, S. 268).

9. De wettige en door hem erkende onwettige kinderen dragen zijn geslachtsnaam (art. 62a).

10. Hebben beide ouders een voogd benoemd over hun minderjarige kinderen, dan is bij gelijktijdig overlijden slechts de beschikking van de vader van kracht (art. 386 lid 3).

Wanneer men echter deze bepalingen – wier totaliteit, zo bijeengebracht, imponeert – als strikte toepassingen van de regel van art. 159 lid 1 wil zien, rijzen daarbij enige vragen.

Vooreerst zij erop gewezen, dat het basisvoorschrift instelt een hoofdschap der *echtvereniging*, zijnde een vereniging van slechts twee personen, nl. die der echtgenoten, die verbonden zijn door hun streven naar een gemeenschappelijk doel: het vestigen en instandhouden ener duurzame levensgemeenschap. Het begrip „gezin” daarentegen – o.m. voorkomende in de 3e Afdeling van Boek I Titel 15A – is ruimer; het duidt de

¹ In deze zin ook Pres. Rb. Arnhem in zijn vonnis d.d. 6 april 1957 (kort geding), dat de inleiding vormde tot het arrest van de H.R. d.d. 9 mei 1958, N.J. 1958 no. 392 (Rijnzicht-arrest). Het Hof te Arnhem kon in zijn arrest d.d. 26 november 1957 dit punt buiten beslissing laten.

samenleving van ouders en kinderen aan, hetgeen niet noodzakelijk insluit, dat tussen ouders en kinderen wettige bloedverwantschap bestaat.

Dit begrip nu verschilt wezenlijk van het begrip „echtvereniging”; de subjecten-gezinsleden zijn niet gelijkwaardig, terwijl evenmin tussen hen een gemeenschappelijk doel bestaat; de essentie van het verblijf der kinderen binnen het gezin is juist zijn tijdelijkheid. Het merkwaardige is nu, dat men vaak als toepassingen van de regel van art. 159 lid 1 voorschriften opsomt, waarin functies aan de man worden toebedeeld, die hem uitsluitend in zijn hoedanigheid van vader zijn toegewezen; zo in de gevallen hierboven onder 5 t/m 10 genoemd.

In sommige hiervan behoeft zelfs van een huwelijk tussen de ouders geen sprake te zijn; zo in de gevallen onder 8, 9 en 10 genoemd. Uit het voorgaande blijkt nu, dat derhalve ten onrechte deze gevallen – al dan niet uitputtende – toepassingen van de onderwerpelijke „hoofdregel” genoemd worden. Dit zou slechts anders zijn, indien het B.W. de man de titel van „gezinshoofd” had verleend, gelijk dit nu in de Franse en Italiaanse code is geschied¹.

Vervolgens moge ik erop wijzen, dat vele der genoemde bepalingen, zowel uit de groep, die de relatie tussen de echtgenoten betreft, als uit de groep van voorschriften, die de rechtsverhouding tussen de ouders en kinderen regelen, slechts bepalingen zijn, die men in de duitse rechtsliteratuur „Ordnungsvorschriften” noemt; zij zijn van technisch-organisatorische aard en spreken geen beginsel uit. Dit is in sterke mate bij de sub 2, 3, 4, 7, 8 en 9 genoemde regels het geval.

Zo gezien blijft van de opvatting, dat wij hier met exceptieve toepassingen van het beginsel van art. 159 lid 1 te maken zouden hebben, weinig over; zij is dan ook niet houdbaar. In geen enkel voorschrift der wet vindt zij steun; bij haar verdedigers is de wens hier de oorsprong der gedachte. Ik zou hier dan ook een andere visie willen verdedigen. Door de vermogensrechtelijke herziening moge de vermogensrechtelijke betekenis van de regel geheel verdwenen zijn, voor het overige terrein heeft zij haar kracht behouden. Zij is geen uiting meer van maritale macht, gebaseerd op een ten onrechte onderstelde superioriteit, doch duidt een functie aan, waarvan de verplichtingen zwaar wegen². Dat zij een nudum praeceptum zou zijn, moge waar zijn in dier voege, dat een directe sanctie ontbreekt, doch dit ontnemt aan een regel nog niet het wezen van een rechtsvoorschrift. Men denke hierbij aan bepalingen als artt. 158 lid 1 en 426 lid 2.

Aard en karakter van de echtgenoten bepalen in beginsel ieders natuurlijke functie. Van de man zal een zekere leiding moeten

¹ Ook in België is dit bij totstandkoming der Wet van 30 april 1958 (Staatsblad van 10 mei 1958) nog overwogen. Vgl. Delva in „Tijdschrift voor Notarissen” (1959 p. 81/85).

² Vgl. art. 213 der Code Civil na de wijziging van 1942.

uitgaan in de echtelijke samenleving; dit beoogt de regel te zeggen. Voorbeelden hiervan te geven in concreto is m.i. niet moeilijk. Ik zie niet in, waarom de regel geen betekenis zou hebben, wanneer het er bv. om gaat een beslissing te nemen inzake het verstrekken van inwoning, het aannemen van een pleegkind, etc.¹.

De regels bedoeld in de gevallen onder 5, 6 en 10 hierboven genoemd, hoewel het kinderrecht betreffende, worden dan ook meer verklaarbaar; zij gaan in een samenhang staan tot de ordening der echtvereniging, wanneer daaruit kinderen zijn geboren.

Systeem krijgt de regeling dan, indien men bovendien een beroep op de rechter van de zijde der vrouw aanvaardt naar analogie van de artt. 160 lid 2 en 356, terwijl het niet opvolgen van de beslissing van de man enerzijds en anderzijds een doorzetten van zijn wil, nadat de rechter deze op het beroep der vrouw als onredelijk heeft bestempeld, als buitensporigheden in de zin van art. 288 lid 2 zouden kunnen worden beschouwd, zodat het voorschrift zo – indirect – toch meer dan een nudum praeceptum zou zijn.

Bij aanvaarding dezer opvatting zou zo tevens een oplossing gevonden zijn voor gevallen, waarin beroepsverandering van de man of aanvaarding van een beroep buiten het gezin door de vrouw tot verschil van mening tussen de echtgenoten leiden. Hier immers worden vaak beslissingen genomen, die van verstrekkende betekenis kunnen zijn en grote gevaren voor huwelijk en gezin kunnen inhouden, een betekenis en gevaren die de dreigingen, die de Lex Van Oven meende te keren met de invoering van regels als die van art. 164a, verre in de schaduw stellen².

Zou men zich in de toekomst nogmaals op een wetswijziging willen bezinnen, dan ware te overwegen of het ook ten onzent niet wenselijk zou zijn de titel „hoofd der echtvereniging” te vervangen door die van „gezinshoofd” en als zodanig aan te wijzen de man en subsidair de vrouw, overeenkomstig de regeling, die thans in art. 160 lid 2 ter bepaling van de plaats van samenwoning is opgenomen.

Een samenvoeging met de in het kinderrecht voorkomende regels ware dan te overwegen, waarbij de thans geldende regeling van ouderlijke macht, voogdij, vertegenwoordiging en vermogensbeheer betreffende minderjarige kinderen technisch vereenvoudigd zou kunnen worden.

§ 2. De bekostiging der huishouding (art. 161 lid 1 t/m 4)

De voornaamste verplichtingen, die de 6de Titel aan de echtgenoten oplegt, zijn die tot wederzijdse getrouwheid, hulp en

¹ Vgl. de conclusie van Adv.-Gen. Loeff tot H.R. 27 febr. 1959, N.J. 1959 no. 556, hierin wordt gesteld, dat de eigenmachtige aangifte der vrouw tot faillietverklaring inbreuk kan maken op de positie van de man als hoofd der echtvereniging.

² Zie over dit alles nog mijn Openbare Les „Hoofd der Echtvereniging”, gehouden te Nijmegen op 11 maart 1960.

bijstand (art. 158) en de verplichting tot samenwoning (art. 160 lid 1). Beide verplichtingen hangen ten nauwste samen en de nakoming van de ene bevordert de vervulling van de andere. In zodanige gelijktijdige naleving krijgt de duurzame levensgemeenschap, die de echtgenoten beogen, haar concrete gestalte.

Alleen de geldelijke consequenties dezer levensgemeenschap hebben thans echter onze aandacht. Wij gaan er in deze paragraaf van uit, dat de echtgenoten een gemeenschappelijke huishouding voeren, een begrip dat de wetgever voor het eerst noemt – doch niet nader omschrijft – in art. 161 lid 1. Het begrip huishouding zal dus moeten worden verstaan in de maatschappelijke zin van de georganiseerde bevrediging van materiële en geestelijke levensbehoeften, die geldelijke verplichtingen oproepen. De kosten der huishouding omvatten derhalve zowel de bekostiging van voedsel, kleding en woninginrichting, als de uitgaven tot ontwikkeling en ontspanning der echtgenoten. Dubia zullen steeds blijven voorkomen; men kan deze m.i. bij huwelijksvoorwaarden zo goed mogelijk oplossen. Zo verdient het aanbeveling overeen te komen, dat premies van levensverzekeringen strekkende tot oudedagsverzorging, alsmede belastingen drukkende op het inkomen, tot de kosten der huishouding gerekend worden. Hetgeen onder deze kosten valt, is begrepen in „het nodige”, dat de echtgenoten aan elkander dienen te verschaffen overeenkomstig de nieuw ingevoegde tweede zinsnede van art. 158. De in een gemeenschappelijke huishouding voorkomende uitgaven zijn echter veelal niet beperkt tot die de echtgenoten persoonlijk betreffende. Wanneer immers uit het huwelijk kinderen geboren worden, legt de wet (art. 159 lid 2) aan de echtgenoten, ook jegens elkander, – ter versterking van de directe aanspraak die de kinderen hebben krachtens de bepalingen van de artt. 355 lid 2, 463 en 467 – de verplichting op hun kinderen te verzorgen en op te voeden.

Ook deze verplichting omvat meer dan de verschaffing van enkel levensonderhoud¹ en zal zich eveneens uitstrekken tot de bekostiging van alle nodige materiële en geestelijke levensbehoeften der kinderen. Aldus ontstaat dan een gezinshuishouding, welker financiering het onderwerp is van de regeling vervat in art. 161 lid 1 tot en met 4; in het eerste lid van het artikel wordt, ter voorkoming van twijfel, dan ook uitdrukkelijk vooropgesteld, dat onder de kosten der huishouding zijn begrepen de kosten van verzorging en opvoeding der kinderen. Hier ligt ook de reden, waarom ik er de voorkeur aan gaf dit onderwerp los te maken van de algemene beschouwing der alimentatieverplichtingen tussen echtgenoten, die eerst in de volgende paragraaf aan de orde zal komen. In het normale geval immers, dat het huwelijk samen-

¹ Bij de hervorming van het kinderrecht in 1947 is in het Eerste Boek, overal waar sprake was van het „onderhoud” van minderjarige kinderen door hun ouders, de uitdrukking „onderhoud” vervangen door „verzorging en opvoeding”, juist om jegens hen een zeer ruime verplichting tot uitdrukking te brengen.

woning beduidt, terwijl er tevens uit het huwelijk kinderen zijn geboren, vermengen zich in feite de verplichtingen der echtgenoten tot verschaffing van het nodige aan elkander met de plicht tot bekostiging van de verzorging en opvoeding der kinderen, in dier voege, dat deze beide plichten gelijktijdig worden nagekomen door het financieren der aldus gevormde gezinshuishouding.

Art. 161 lid 1 legt nu de echtgenoten de verplichting op het geheel of een deel van hun inkomsten te bestemmen tot bestrijding dezer onkosten. Voorts geeft de wet de verhouding aan, waarin dit dient te geschieden: voorzover voor dit doel niet bij huwelijksvoorwaarden een bedrag is bepaald, dient ieder der echtgenoten daartoe naar evenredigheid van zijn inkomsten bij te dragen, terwijl bij ontoereikendheid dezer inkomsten de echtgenoten verplicht zijn „op overeenkomstige wijze” daartoe uit eigen vermogen bij te dragen. Tenslotte verklaart het voorschrift de rechtbank bevoegd op verzoek van beide of een der echtgenoten geschillen, rijzende omtrent deze lastenverdeling, te beslissen en voorts aldus gegeven beschikkingen of het bij huwelijkse voorwaarden vastgestelde bedrag op grond van veranderde omstandigheden te wijzigen.

De regeling is geheel nieuw en gefundeerd op de vermogensrechtelijke gelijkheid der echtgenoten; zij staat in scherpe tegenstelling tot het tot 1 jan. 1957 gegolden hebbende stelsel, waarin de financiering der gezinshuishouding wetstechnisch een aangelegenheid van de man was, in wiens hand alle middelen tot bekostiging der huishoudelijke uitgaven samenvloeiden.

De eerste vraag die beantwoording verlangt, is die naar de betekenis van de term „inkomsten bestemmen”.

Soms¹ wordt geleerd, dat het artikel beoogt een regeling te geven omtrent het dragen der onderwerpelijke kosten. Het beginsel is dan, dat de verdeling dezer draagplicht op evenredigheid berust, een evenredigheid gebaseerd op de verhouding der inkomens en, voorzover deze ontoereikend zijn, op de verhouding der vermogens.

Zo bezien echter, zou dan de regeling voor alle huwelijken, die zonder huwelijksvoorwaarden gesloten zijn en tevens voor de huwelijken, die gesloten zijn onder die huwelijksvoorwaarden, waarin de huishoudkosten uit de gemeenschap bestreden dienen te worden, zonder veel betekenis zijn, daar immers het dragen dezer kosten in deze gevallen noodzakelijk op ieder der echtgenoten voor de helft drukt. De praktische uitwerking van het voorschrift zou – op deze wijze – uiterst gering zijn, terwijl toch zijn plaatsing op een algemene gelding duidt.

Het tegenargument, dat de uitdrukking „zijn inkomsten” duidelijk slechts wijst op régimes waarin de inkomsten niet gemeen zijn, lijkt mij uiterst zwak. Onder vigueur van het beginsel

¹ Zo door De Bruijn p. 90 en 377. Als in de tekst echter: Polak p. 42, Van der Ploeg in W.P.N.R. 4501, Toelichting Ontwerp Meijers ad art. 1.6.4.

der bestuursverdeling (art. 177) bestuurt immers ieder der echtgenoten ook de inkomsten uit de onder zijn bestuur staande gemeenschapsgoederen. Een voorschrift, dat deze gescheiden lopende inkomsten weer naar elkaar toebuigt, lijkt mij dus alleszins redelijk. De uitdrukking „zijn inkomsten” behoeft dus niet de enge uitleg van „privé-inkomsten”.

Dit veroordeelt echter tevens de stelling, dat art. 161 uitsluitend een regeling der draagplicht zou bedoelen. Zulks is immers niet uit de gebezigde terminologie – „inkomsten te bestemmen tot bestrijding van de kosten der huishouding” – af te leiden. Veeleer krijgen deze woorden redelijke zin, als men hen interpreteert als bevattende een verplichting van iedere echtgenoot om uit de door hem bestuurde – en derhalve in zijn handen vloeiende – inkomsten – gemeenschapsbestanddeel of niet – de huishoudkosten te betalen voor een evenredig deel. Ieder is verplicht in de vastgestelde verhouding zijn inkomen ter beschikking te stellen van de huishouding. Zo ontstaat naast de (externe) „obligation”, geregeld in art. 162, een „interne obligation”, tussen de echtgenoten werkende, die bij *elk* goederenstelsel toepassing vindt.

De conclusie moet dan zijn, dat de wet met betrekking tot de onderlinge draagplicht („contribution”) in art. 161 geen regeling geeft voor de algehele gemeenschap en de beperkte gemeenschappen, waarbij de huishouduitgaven tot de gemene schulden behoren. Dit kan zij ook niet; ieder draagt hier immers noodzakelijk bij helfte. Voor de resterende gevallen, waarin dit anders is – i.h.a. dus de huwelijken waarin iedere gemeenschap is uitgesloten –, kan dan worden aangenomen, dat de wettelijke regeling tevens beoogt de draagplicht te regelen zoals zij de bestemmingsplicht heeft verdeeld, nl. op basis van het evenredigheids beginsel. Noch de tekst, noch de gegeven toelichting, zijn op dit punt duidelijk; men heeft zich kennelijk de bedoelde onderscheiding niet scherp gerealiseerd. Het moet dan aan de wetsuitlegger geoorloofd zijn een interpretatie te geven, die de meest redelijke oplossing garandeert zonder de tekst geweld aan te doen.

Gelijk hierna nog zal blijken is de tekst van het artikel ook overigens niet onberispelijk. Zijn de inkomsten ontoereikend, dan verplicht de wet de echtgenoten tot aanvulling van het tekort door een bijdrage „op overeenkomstige wijze” uit hun vermogens. Hieruit zou nu gelezen kunnen worden, dat ook de bijdrage uit de vermogens zou moeten worden vastgesteld op basis van de verhouding der inkomens, doch wederom voert de redelijkheid tot de uitleg, dat de grootte der vermogens hier de evenredigheid bepaalt¹.

De verplichting tot evenredige bijdrage als bovenbedoeld geldt echter slechts „voorzover voor dit doel niet bij huwelijkse voorwaarden een bedrag is bepaald” (art. 161 lid 1). Ook omtrent de betekenis hiervan verschaft ons de parlementaire behandeling

¹ Aldus ook: De Bruijn p. 92, Polak p. 42 en Prakken p. 17.

weinig licht. Het heeft er dus de schijn van, dat de contractuele regeling bij huwelijksvoorwaarden prevaleert boven het wettelijke stelsel van evenredigheid der bijdragen naar de grootte der inkomens c.q. de vermogens. Deze contractuele regeling zal echter onderworpen zijn aan de volgende voorafgegangene dwingende normen:

1. De regel van art. 158, dat echtgenoten verplicht zijn elkan- der het „nodige te verschaffen”, hetgeen ook het materieel nodige omvat, zodat bij ontoereikendheid van het bij huwelijksvoor- waarden vastgestelde bedrag men, met een beroep op de betaling van dit bedrag, toch nooit bevrijd kan zijn.

2. De aanhef van art. 161, dat men verplicht is „het geheel of een deel” van zijn inkomsten te bestemmen, zodat contractueel m.i. nimmer kan worden bepaald, dat één der echtgenoten niets van zijn inkomsten zal behoeven te bestemmen tot bestrijding der huishoudkosten.

Het zgn. „nihil-beding”, dat vroeger in de notariële praktijk een zekere populariteit genoot en dat beoogde de vrouw vrij te stellen van de plicht tot bijdrage uit haar inkomen in de huishoudkosten, is hiermede m.i. veroordeeld¹. Niettemin is ook na de invoering der nieuwe wetgeving in de notariële praktijk nog getracht het be- ding te handhaven door de verplichting der vrouw bij huwelijks- voorwaarden te fixeren op een gering bedrag. Het is duidelijk, dat door een schijnbijdrage niet voldaan kan zijn aan een wetsbepa- ling, die haar dwingend karakter ontleent aan de openbare orde.

De vraag rijst dan echter, naar welke maatstaven in abstracto de vaststelling van een bedrag, als het voorschrift bedoelt, moet worden beoordeeld. Voorop moet worden gesteld, dat de wetgever door de vaststelling van een bepaald bedrag toe te laten, een we- nig gelukkige regeling heeft gegeven. De contractuele regeling krijgt hierdoor een zekere starheid, die in tijden van onvastheid in de waarde van de munt spoedig moeilijkheden zal oproepen. Door extensieve interpretatie van de tekst kan men er echter toe komen ook de contractuele vaststelling van een bepaalde fractie van de inkomsten toe te laten: het bedrag door de wet bedoeld wordt dan immers door de contractuele regeling bepaalbaar.

¹ Cf. Asser-Scholten-Wiarda p 259, De Bruijn p 93 (aarzelend) en p 395, Van der Ploeg in W P N R 4501, Dozy in W P N R 4563, Rb Amsterdam 24 maart 1958, N J 1958 no 248, Rb Zutphen 7 maart 1961 en Hof Arnhem 30 mei 1961 (vernietigd bij het hierna vermelde arrest van de H R dd 17 nov 1961) Anders Polak p 41, Prakken p 84, Rombach en De Vries Vademecum p 16, Rombach in W P N R 4582 en H R 17 nov 1961, R v d W 1961 no 28. Het betoog van Rombach is gebaseerd op het alimentatiekarakter van art 161, hetgeen zou moeten medebrengen, dat men het onderhoud bij overeenkomst ook in dier voege zou kunnen regelen, dat geen alimentatie verschuldigd is, ook al zou dit naar de normen van art 470 anders zijn. De vraag is of het onder- strepen van het alimentatiekarakter zich niet tegen de schryver zelf richt, daar dan immers de bepaling van art 470 lid 2 de volle aandacht krijgt. De schryver stelt dan, dat art 161 geen inbreuk zou inhouden op het algemene alimentatie- recht, deze opmerking verliest haar kracht als de schryver zelf stelt, dat de be- voegdheid van de rechter in art 161 beperkt zou zijn (wijziging slechts „bij veranderde omstandigheden”) dan in art 471 lid 2.

Bezieet men nu het totaal-beeld van de regeling, dan lijkt mij de stelling verantwoord, dat ook bij de vaststelling van het bedrag reeds rekening moet worden gehouden met een zekere evenredigheid in de wederzijdse bijdragen naar verhouding van de inkomens ten tijde dezer vaststelling¹. De wet staat, in deze visie, slechts toe aan de dwingende verplichting die zij oplegt, doch die een abstracte inhoud heeft, een concrete gestalte te geven. Zo is het ook in het algemene alimentatierecht; de verplichting is van openbare orde, de haar omvang bepalende factoren zijn dwingend gegeven, doch gezien het feitelijk steeds wisselend karakter dezer factoren mogen partijen, ter voorkoming van rechtsonzekerheid, contractueel de consequenties dezer factoren bepalen. Zulk een overeenkomst geldt echter – en dit is haar uitzonderlijk karakter – steeds slechts *rebus sic stantibus* (art. 471 lid 2).

Wijziging in de omstandigheden is grond tot wijziging der vastgestelde som. Daarbij dient men de wijzigingsbevoegdheid van de rechter in art. 161 lid 4 in gelijke zin te verstaan. Welke andere maatstaf dan de grootte der inkomens – c.q. vermogens – zou deze bij zijn beslissing moeten hanteren, indien hij de wederzijdse verplichting gaat bepalen? Hij zal daarbij immers gebonden zijn aan de dwingende regels van lid 1 en 2².

Hoe is toch de hardnekkige voorhefde voor het nihil-beding of daarnaar tenderende clausules te verklaren? Het antwoord hierop luidt, dat de praktische situatie vaak zo is, dat het inkomen der echtelieden is samengesteld uit het arbeidsinkomen van de man en enig inkomen uit wederzijds vermogen. Door de evenredige bijdrageplicht is nu de man in staat veel grotere privé-besparingen te doen dan de vrouw, ofschoon beiden in gelijke mate hun arbeidsprestatie ten behoeve van het gezin leveren: de man in zijn werkring, de vrouw in het gezin.

Een voorbeeld moge dit verduidelijken:

	<i>Man</i>	<i>Vrouw</i>
inkomen uit arbeid	f 18000.—	—
inkomen uit vermogen	— 3000.—	f 3000.—
samen	f 21000.—	f 3000.—
Huishouduitgaven f 12000.—		
Verdeling conform		
art. 161 B.W.	— 10500.— (= $\frac{2}{3}$)	— 1500.— (= $\frac{1}{3}$)
Besparing	f 10500.—	f 1500.—

¹ Men zal bij een contractuele regeling wel zelden uitgaan van een ontoereikendheid daarvan, zodat de verhouding der vermogens hierbij geen rol zal spelen

² Zo bezien is er dus i c ook geen sprake van „een bijzonder soort dwingend recht, namelijk met zekere afwijkingsbevoegdheid voor partijen bij overeenkomst”, gelijk Rombach in W P N R 4582 meent. Het is een dwingende regeling zonder meer en zonder „afwijkingsbevoegdheid” van partijen, de wet wijst de wijze van berekening dwingend aan, doch laat slechts de berekening aan partijen over

De conclusie hieruit is, dat de man behalve een belangrijk deel van zijn arbeidsinkomen, zijn inkomen uit vermogen geheel behoudt, terwijl de vrouw dit laatste voor de helft moet verteren. Dergelijke onbillijkheden stonden waarschijnlijk aan verscheidene leden van de Vaste Commissie voor Justitie voor ogen, toen zij bij de beraadslagingen over de tekst, blijkens het Voorlopig Verslag, de vraag stelden of het niet billijk zou zijn voor te schrijven rekening te houden met de huishoudelijke arbeid van de vrouw, hoewel zij de moeilijkheid de geldswaarde daarvan te schatten zeer wel toegaven. Zou men deze in het geval op bv. f 4000.— waarden, dan zouden de huishoudkosten stijgen tot f 16000.—, te dragen door de man voor f 14000.— en door de vrouw voor f 2000.—, hetgeen tot resultaat zou hebben dat de man de gehele werkelijke kosten der huishouding zou moeten dragen en bovendien nog f 2000.— zou moeten toebetalen aan de vrouw, die zelf dan haar gehele inkomen uit vermogen zou kunnen behouden.

Terecht is zulk een mogelijkheid door de minister verworpen; zij zou een vermaterialisering van de huwelijksverhoudingen betekenen en de functie der vrouw tot die van een betaalde arbeidskracht degraderen. En zou men dan ook de hulp, die de man in de gezinshuishouding verleent, financieel moeten waarden? De geschetste onbillijkheid bestaat overigens practisch slechts in het stelsel, waarin partijen uitsluiting van alle gemeenschap aanvaarden en niemand verplicht hen daartoe. Willen zij dit stelsel wel, terwille van de duidelijke eigendomsverhoudingen die daarin bestaan, dan heft de verbinding van dit régime met een intern deelgenootschap deze onbillijkheid weer op.

Bovendien dient bedacht te worden, dat geen echtgenoot verplicht is op de bijdrageverplichting tot de huishoudkosten jegens de andere echtgenoot een beroep te doen. Een goed huisvader zal in het geschetste voorbeeld zijn vrouw niet tot enige bijdrage verplichten; een goed huwelijk wordt niet gemaakt door wettelijke voorschriften als deze, doch berust op de kracht der onderlinge genegenheid, die de juiste weg zal wijzen.

Niettemin is het de vraag of de wetgever hier niet op andere wijze aan het bezwaar tegemoet had kunnen komen.

Een werkelijke emancipatie der vrouw impliceert immers ook een wettelijke waardering voor haar onschatbare taak als voerster der huishouding en voornaamste opvoedster der kinderen. Bewondering verdient n.m.m. hier het stelsel van art. 1360 van het B.G.B., zoals dit luidt na de novelle van 1 juli 1958:

„Die Ehegatten sind einander verpflichtet durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, in der Regel durch die Führung des Haushaltes.“

Vele vernuftige constructies in huwelijksvoorwaarden, waarvan de geldigheid m.i. uiterst twijfelachtig is, zouden overbodig

bodig zijn, indien ook ten onzent de taak der vrouw in het gezin op deze wijze erkenning zou vinden¹.

Het lijkt mij niet vermetel te veronderstellen, dat de voorstanders van het nihil-beding in de notariële praktijk nieuwe moed zullen putten uit de overwegingen in het arrest van de Hoge Raad d.d. 17 nov. 1961, R.v.d.W. 1961 no. 28, besproken door Van der Ploeg in W.P.N.R. 4712. De Hoge Raad erkent de geldigheid van het beding met de overweging, dat het eerste lid van art. 161 de echtgenoten vrijlaat in de bepaling bij huwelijksvoorwaarden van het door ieder bij te dragen bedrag, terwijl geen grond bestaat aan te nemen, „dat deze vrijheid niet zo ver zou gaan dat het door den enen echtgenoot te betalen bedrag op het volle bedrag van de kosten der huishouding en het door den anderen te betalen bedrag op nihil kan worden gesteld.”

In deze beslissing wordt geen aandacht geschonken aan de hierboven gemaakte onderscheiding tussen „interne obligation” en „draagplicht”. Voorts druist deze uitspraak m.i. in tegen de inleidende zin van art. 161, waaraan de mogelijkheid van contractuele regeling, krachtens de tweede zin, onderworpen blijft. Terecht merkt Van der Ploeg t.a.p. op: „Zij, die van oordeel waren, dat art. 161 B.W. een bepaling van dwingend recht inhoudt, zullen door de motivering van de Hoge Raad niet van ongelijk zijn overtuigd.”

Van der Ploeg meent echter wel het resultaat van het arrest te moeten toejuichen, zulks op grond van de z.i. bestaande onbillijkheid, die schuilt in de bijdrageplicht der vrouw in het stelsel van uitsluiting van elke vermogensgemeenschap. Ook ik bewonder deze consequentie der vermogensrechtelijke gelijkstelling niet, doch acht dit onvoldoende grond om een uitleg contra legem te aanvaarden.

Hierboven werd reeds gesproken over de rechtsmacht van de rechter om het bij huwelijksvoorwaarden vastgestelde bedrag op grond van veranderde omstandigheden te wijzigen (art. 160 lid 4). Hij gaat hiertoe slechts over op verzoek van beide of van een der echtgenoten. Zijn macht is hiertoe echter niet beperkt; zij omvat ook de bevoegdheid om op zodanig verzoek geschillen te beslissen, die omtrent het in de beide eerste leden van het artikel bepaalde mochten rijzen (art. 160 lid 3), terwijl zijn in lid 4 geregelde wijzigingsbevoegdheid mede betrekking heeft op tevoren gegeven beschikkingen in deze geschillen. Deze geschillen kunnen onderwerpen van onderscheiden aard betreffen; men dient hier niet

¹ Vgl. over dit onderwerp nog Van der Ploeg in W.P.N.R. 4585/86. Klein, prae-advies Broederschap Cand. Notarissen 1962 p. 43/46, is van mening, dat het naar geldend recht mogelijk is de huishoudelijke arbeid der vrouw als een bijdrage tot de bekostiging der huishouding te beschouwen. Terecht is deze onhoudbare stelling verworpen door Van der Ploeg in W.P.N.R. 4722.

alleen te denken aan de vaststelling der evenredige bijdrageverplichting uit de inkomens c.q. vermogens der echtgenoten, doch bv. mede aan de vraag welke uitgaven tot de kosten der huishouding kunnen worden gerekend en welke ontvangsten als inkomsten dienen te worden beschouwd. Men kan zich zeer wel voorstellen, dat hieromtrent verschil van mening kan ontstaan.

De ten deze competente rechterlijke instantie is de arrondissementsrechtbank; art. 798 W. van B. Rv. regelt hier de relatieve competentie en wijst aan de rechtbank van de woonplaats van de andere echtgenoot of, indien alleen de verzoeker woonplaats in Nederland heeft, de rechtbank van diens woonplaats.

De wet zwijgt over de competentie ingeval beide echtgenoten het verzoek doen en een afzonderlijke woonplaats hebben; n.m.m. zijn dan de rechtbanken van beide woonplaatsen bevoegd. Ook de verdere procesrechtelijke voorschriften zijn opgenomen in laatstgenoemd wetsartikel.

§ 3. *Alimentatie tussen echtgenoten (artt. 158 en 161)*

In deze paragraaf zal aan de orde komen het geheel van de tussen echtgenoten bestaande op geld waardeerbare verplichtingen tot wederzijdse verschaffing van het nodige, uitgesproken in artikel 158. Deze verplichtingen hebben een verschillende inhoud naarmate het huwelijk al dan niet samenwoning omvat, terwijl de niet-samenwoning die een gevolg is van een tussen de echtgenoten uitgesproken vonnis tot scheiding van tafel en bed wederom een eigen regeling kent.

In de rechtsleer worden deze verplichtingen gewoonlijk tezamen behandeld onder de naam alimentatie, hetgeen niet onjuist is, indien men daarbij slechts bedenkt, dat dit laatste begrip niet moet worden verstaan in de enge betekenis van het doen van geldelijke uitkeringen tot levensonderhoud, doch in de ruime zin van verschaffing van al het materieel nodige. In de wet zijn gevallen, waarin niet aan geldelijke uitkeringen is gedacht, niet zeldzaam. Zo bestaat de alimentatieplicht der ouders jegens minderjarige kinderen in de gehoudenheid hen te verzorgen (artt. 159 lid 2, 355 lid 2 en 467) en kan de rechter bij alimentatieverplichtingen tussen bloed- en aanverwanten in de rechte lijn in het algemeen bevelen, dat degene die onderhoud verschuldigd is de alimentatiegerechtigde in zijn huis opneme teneinde hem „aldaar van het nodige (te) voorzien” (art. 466 lid 1), terwijl ouders jegens hun meerderjarig kind steeds bevoegd zijn de rechter te verzoeken zich op deze wijze van hun alimentatieplicht te mogen kwijten (art. 466 lid 2). Tenslotte voltrekt zich – gelijk in de vorige paragraaf is opgemerkt – de wederzijdse alimentatieplicht tussen samenwonende echtgenoten door het voeren en in principe tezamen bekostigen der gemeenschappelijke gezinshuishouding.

Vanuit een ocpunt van systematiek oordeelde ik het juister aan deze laatste figuur een afzonderlijke – voorafgaande – be-

schouwing te wijden, nu verschillende bijzondere rechtsvragen hiermede verweven waren. Naast het normale geval van samenwoning der echtelieden vermeldt de wet nog – hetzij terloops, hetzij in de vorm ener aparte regeling – onderscheiden verschijningsvormen van het geval van niet-samenwoning. Wij zullen daarbij telkens hebben na te gaan op welke wijze de verplichting tot verschaffing van het materieel nodige moet worden nagekomen.

Men kan hierbij de volgende gevallen onderscheiden:

- A. de echtgenoten wonen om gewichtige redenen niet samen (art. 160 lid 1);
- B. de echtgenoten wonen in onderling overleg niet samen (art. 162 lid 2);
- C. de samenwoning is zonder redelijke grond of door onredelijk gedrag verbroken (art. 161 lid 5);
- D. tussen de echtgenoten is scheiding van tafel en bed uitgesproken (artt. 288 e.v.)¹.

De beide eerste gevallen vinden in de tekst der wet enkel terloops vermelding, zonder dat de alimentatieplicht hierbij explicite betrokken wordt. Het derde geval echter wordt juist ter regeling der alimentatieverhouding in de wet genoemd, terwijl aan het vierde geval de gehele Titel XII is gewijd, waarin de alimentatieverplichting mede wordt geregeld.

Ad. A. Echtgenoten zijn jegens elkander tot samenwoning verplicht tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten, aldus art. 160 lid 1. Naar een nadere aanduiding dier redenen zal men in de tekst tevergeefs zoeken. Wel echter verschaft de parlementaire geschiedenis ons enig licht, daar blijkens het Voorlopig Verslag en de Memorie van Antwoord onder gewichtige redenen moeten worden verstaan dezelfde redenen die aan de ene echtgenoot, krachtens het derde lid der bepaling, het recht geven zich tot de rechter te wenden met het verzoek de beslissing van de andere echtgenoot inzake de gemeenschappelijke woonplaats teniet te doen: ernstige gevaren voor de zedelijke of geestelijke belangen of de gezondheid van gezinsleden.

Het systeem der wet is dus, dat de echtgenoot, die bij voortzetting der samenwoning bedoelde ernstige gevaren vreest, de keus heeft tussen een beroep op het eerste lid en een verzoek aan de rechter als bedoeld in het derde lid. Waarschijnlijk – doch niet noodzakelijk – is het, dat i.c. een conflictssituatie tussen de echtgenoten bestaat; het is nl. niet uitgesloten, dat beiden de gewichtigheid der redenen erkennen en in onderling overleg de samenwoning opheffen. Slechts in deze casus zijn de hierboven sub A en B onderscheiden gevallen congruent.

Vooropgesteld zij, dat onder *vigueur* der wetgeving vóór

¹ De alimentatieverplichting na echtscheiding valt uit haar aard buiten het bestek van dit werk

1 januari 1957 oorspronkelijk een nauwe samenhang tussen samenwoningsplicht der vrouw en alimentatieplicht van de man werd aanvaard, in dier voege, dat indiende vrouw desamenwoning verbrak, zij haar recht op onderhoud prijs gaf. De Hoge Raad heeft deze opvatting later verworpen¹, doch is wel in constante jurisprudentie ervan uit blijven gaan, dat in het algemeen de onderhoudspflicht van de man zich slechts uitstreckte tot de verschaffing *te zijnen huize* van al hetgeen zij nodig had². Onttrok de man zich dus zonder redelijke gronden aan de samenwoning of verliet de vrouw hem op redelijke gronden, dan bleef zijn onderhoudspflicht voortduren. Het verband tussen de samenwoningsplicht en de onderhoudsverplichting bleef op deze wijze dus behouden.

Onder de thans bestaande wetgeving geldt de wederkerigheid van samenwonings- en onderhoudspflicht. Is echter de samenhang tussen beide verbroken, nu zij in afzonderlijke wetsbepalingen (artt. 160 en 161) zijn opgenomen³? Uitlegging van laatstgenoemde bepaling moet hier licht verschaffen. Het begrip „huishouding” in het eerste lid duidt ogenschijnlijk wel op een gezamenlijke huishouding, doch uit het vijfde lid is a contrario af te leiden, dat onder bepaalde omstandigheden de beginselen der voorafgaande leden ook gelden bij gescheiden huishoudingen. Deze omstandigheden zullen nu aanwezig zijn wanneer de verbreking der samenwoning op een gewichtige reden berust.

De conclusie moet dan zijn, dat naar de bedoeling van de wetgever ook in dit laatste geval een lastenverdeling op basis van evenredigheid der inkomsten, subsidiair der vermogens, gevorderd kan worden betreffende het totaal van de kosten der beide gescheiden huishoudingen, daaronder begrepen de kosten der verzorging en opvoeding van de bij iedere partij verblijvende kinderen.

Het in de vorige paragraaf behandelde zal op deze lastenverdeling dus rechtstreekse toepassing vinden.

Ad B. In artikel 162 lid 2 noemt de wet het geval, dat de echtgenoten in onderling overleg niet samenwonen en legt dan aan de man de verplichting op aan de vrouw voldoende gelden ter beschikking te stellen voor de gewone gang van haar huishouding. Men zou hieruit kunnen afleiden, dat de wetgever een dergelijke afspraak om de samenwoning op te heffen legaliseert, ook al zouden voor deze opheffing de gewichtige redenen van artikel 160 lid 1 ontbreken. Dit zou echter van dogmatisch standpunt bezien wonderlijk zijn, nu toch de verplichting tot samenwoning, als regel van openbare orde, vooropstaat, tenzij gewichtige redenen

¹ H.R. 23 dec. 1898, W. 7223 en H.R. 17 okt. 1941, N.J. 1942 no. 225.

² O.a. H.R. 28 okt. 1948, N.J. 1949 no. 154 en H.R. 22 mei 1953, N.J. 1953 no. 627.

³ De Bruijn p. 89 gaat van de principiële verbreking van dit verband in de nieuwe wet uit.

voor het tegendeel aanwezig zijn. Ontbreken deze laatste, dan kan deze verplichting m.i. niet contractueel worden opgeheven.

Van groot practisch belang is deze opmerking intussen niet; bij verbreking der samenwoning in onderling overleg is immers de uitzonderingsregel van artikel 161 lid 5 niet van toepassing, nu deze kennelijk van eenzijdige verbreking uitgaat. Ook hier geldt dus weer de hoofdregel van art. 161 lid 1 t/m 4, zodat de gescheiden huishoudingen op basis van het evenredigheidsbeginsel gezamenlijk bekostigd dienen te worden. Andersluidende afspraken, tussen partijen bij de opheffing der samenwoning gemaakt, zijn slechts verbindend indien zij bij huwelijksvoorwaarden zijn vastgesteld (art. 161 lid 1). Ook in de Memorie van Antwoord inzake art. 161 is bovenstaande leer voor het onderhavige geval gehuldigd¹.

Ad C. Hier ontmoeten wij het geval waarvoor de wet een uitdrukkelijke uitzondering op de hoofdregel maakt. Deze uitzondering is echter neergelegd in verre van onberispelijke bewoordingen. De wet plaatst immers de aan de verbreking der samenwoning schuldige echtgenoot tegenover de onschuldige echtgenoot en zegt vervolgens, dat „voor de in het eerste en tweede lid omschreven verplichtingen in de plaats treedt” de verplichting om aan de onschuldige echtgenoot een bedrag voor diens levensonderhoud uit te keren, terwijl laatstgenoemde „tot geen verdere bijdrage dan tot verzorging en opvoeding van de kinderen gehouden” is.

Op deze wijze wordt de indruk gewekt – niet in het minst door het gebruik van de uitdrukking „in de plaats treden” – dat de gehele regeling der wederzijdse bijdrageplicht tot onderhoud van elkander en de uit het huwelijk geboren kinderen nu terzijde is gesteld, terwijl de schuldige echtgenoot nog slechts gehouden is tot betaling van een alimentatieuitkering aan de onschuldige echtgenoot. Bovendien wekt deze terminologie nog de gedachte, dat de schuldige echtgenoot kan volstaan met een eenmalige uitkering van een afskoopsom. Verder heb ik bedenkingen tegen de laatste zinsnede der bepaling, waar immers wordt gesuggereerd dat de onschuldige echtgenoot voortaan uitsluitend belast blijft met de kosten van de verzorging en opvoeding der kinderen, hetgeen bovendien nog – gezien het voorafgaande – de schijn heeft daarvan het consequente sluitstuk te zijn. Uiteraard is dit alles niet de bedoeling der wet; het zou een premie op kwaadwillige verlating beduiden. Wat de wetgever pooft te zeggen is, dat de aan de verbreking der samenwoning schuldige echtgenoot zijn recht op onderhoud heeft verspeeld. Aldus wordt aansluiting gezocht bij de reeds vóór de invoering der nieuwe wet bestaande jurisprudentiële uitleg van de artt. 161 en 162 (oud).

Het is immers duidelijk, dat de schuldige echtgenoot niet ontslagen kan zijn van de op hem rustende verplichting tot onder-

¹ Vgl. Van Ewijk-Polak p. 16.

houd van zijn kinderen, die van openbare orde is en in de artt. 159 lid 2, 355 lid 2, 463 en 467 verankerd ligt. De uitleg van de onduidelijke tekst van art. 161 lid 5 zou deze kunnen zijn, dat de schuldige echtgenoot naar de maatstaf van lid 1 en 2 gehouden blijft tot bijdrage in de kosten der huishouding van de achtergebleven echtgenoot en de kinderen – welke kosten belangrijk gestegen kunnen zijn als deze bv. betaalde huishoudelijke hulp in dienst heeft moeten nemen –, doch dat de schuldige echtgenoot zijnerzijds geen bijdrage in de kosten van de eigen huishouding verlangen kan.

Ook op het beginsel van art. 158 – voorzover het tot geldelijke hulp verplicht – kan hij dus geen beroep meer doen. De wet veronderstelt blijkbaar, dat de kinderen bij de onschuldige echtgenoot zijn gebleven. Dit behoeft uiteraard niet zo te zijn; men denke aan het geval, dat de vrouw de man kwaadwillig verlaat met medeneming der kinderen. Voor de financiële consequenties hiervan geeft art. 161 geen regeling. De rechter zal hier naar billijkheid moeten beslissen op basis der bovengeschetste alimentatievoorschriften.

Tenslotte zij opgemerkt, dat bij de voorbereiding van het Nieuw Burgerlijk Wetboek de bovenstaande bezwaren tegen de thans geldende tekst zijn erkend door het aanbrengen van een wijziging in art. 1.6.4 lid 5.

Ad D. Bij de scheiding van tafel en bed, die een bij vonnis uitgesproken opheffing der samenwoningsplicht inhoudt, dient te worden onderscheiden tussen de contradictoire vorm, waarbij een der partijen de scheiding op grond van een bepaalde oorzaak verzoekt (art. 288) en de voluntaire vorm, waarin uitspraak wordt gedaan op verzoek van beide echtgenoten tezamen (art. 291).

In het eerste geval verwijst de wet (art. 301) voor de regeling van het onderhoud naar de wettelijke bepalingen bij echtscheiding; hier bepaalt art. 280, dat slechts de echtgenoot op wiens verzoek de scheiding is uitgesproken, zo hij hieraan behoefte heeft, de rechter kan verzoeken hem een uitkering tot onderhoud ten laste van de andere echtgenoot toe te wijzen. De schuldige echtgenoot heeft hierop, ook bij behoefte, nimmer recht, zodat ook hier van art. 158 wordt afgeweken.

Ingeval van scheiding van tafel en bed op beider verzoek dienen de echtgenoten tevoren bij authentieke akte de voorwaarden der scheiding, zowel te hunnen opzichte als ten aanzien van de uitoefening der ouderlijke macht en de verzorging en opvoeding hunner kinderen, te regelen. Hieronder is begrepen de contractuele regeling van de onderlinge onderhoudsplicht. Ingevolge het bepaalde in art. 302 „overweegt” de rechter, alvorens op het verzoek de scheiding uit te spreken, de overeenkomst. Het wil mij voorkomen, dat dit impliceert, dat ook de inhoud dezer overeenkomst door de rechter mag worden getoetst¹ aan de wet, de open-

¹ Aldus ook Asser-Scholten-Wiarda p. 445.

bare orde en de goede zeden. De rechtsmacht van de rechter zal i.c. niet zover reiken, dat hij bevoegd is tot wijziging van die inhoud, doch wel zal hij wegens de inhoud der overeenkomst kunnen weigeren de scheiding van tafel en bed uit te spreken. Met betrekking tot de wederzijdse onderhoudsplicht is in dit geval art. 158 niet terzijde gesteld, nu enige schuld van een der partijen niet in het geding is. Van betekenis blijven dus mede de beginselen vervat in de artt. 470 t/m 472.

Omtrent de voorlopige uitkeringen tot onderhoud gedurende het geding tot scheiding van tafel en bed en tot echtscheiding raadplegen de artt. 292 lid 2, 301 en 268 B.W. en 820 W.v.B. Rv.

§ 4. *Huishoudgeld (artt. 162 lid 2 en 163)*

Een novum treffen wij aan in de artt. 162 lid 2 en 163 lid 1: de wet spreekt hier de verplichting van de man uit aan zijn vrouw ten behoeve van de gewone gang van de huishouding voldoende gelden ter beschikking te stellen. Nimmer tevoren was het huishoudgeld in de wet genoemd; de regeling is ontleend aan het Ontwerp-Wijers (art. 166) en in haar huidige vorm aan het Ontwerp-Meijers (art. 1.6.5.2)¹.

De verplichting geldt zowel ten behoeve van de gemeenschappelijke huishouding bij samenwoning als voor de privé-huishouding der vrouw, als de echtgenoten in onderling overleg niet samenwonen. Bij de bepaling van het bedrag van het huishoudgeld mag de man rekening houden met het bedrag, dat de vrouw uit eigen middelen voor de huishouding dient te bestemmen.

Ook hier is de rechter bevoegd verklaard, op verzoek van beide of van een der echtgenoten, hieromtrent gerezen geschillen te beslissen en een eenmaal gegeven beschikking te wijzigen.

Voorts verklaart art. 163 lid 1 hem bevoegd de man van het verstrekken van huishoudgeld vrij te stellen, als accessoir van de toewijzing van het verzoek van de man bevrijd te worden van aansprakelijkheid voor de door de vrouw in het vervolg aange-gane gewone huishoudschulden, bedoeld in art. 162 lid 1. In dit geval kan de rechter zijn beschikking uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande hogere voorziening, verklaren.

Ook bij dit onderwerp rijzen enkele belangwekkende rechtsvragen. De meest saillante hiervan is wel, hoe wij deze verplichting juridisch moeten duiden tegen de achtergrond van de wederzijdse verplichting tot gezamenlijke bestrijding van de kosten der huishouding, die in § 2 werd behandeld. Ik beschouwde deze verplichting immers in twee betekenissen; enerzijds in die van gezamenlijke draagplicht, slechts in weinig gevallen toepassing vin-

¹ Wel erkende de jurisprudentie reeds onder de oude wet deze verplichting op indirecte wijze door de weigering huishoudgeld te verschaffen op te vatten als „buitensporigheid” en grond tot scheiding van tafel en bed, aldus H R 4 dec 1919, N J 1920 p 72, H R 15 dec 1927, N J 1928 p 235 en H R 8 februari 1929, N J 1929 p 915

dende, nl. slechts daar waar de huishoudkosten niet ten laste van enige gemeenschap worden gebracht, anderzijds echter – en dan steeds toepasselijk, welke ook de inhoud van het geldende goederenstelsel zij – in die van „interne obligation”, d.w.z. de verplichting jegens elkander om, in de door de wet bepaalde verhouding, liquide middelen ter beschikking te stellen tot betaling van de huishoudschulden. De verplichting tot verschaffing van huishoudgeld moet nu tegen de achtergrond van deze laatste verplichting worden gezien; zij is er een nadere uitwerking van. Men dient echter wel te onderscheiden: de algemene regel geldt voor alle huishoudkosten, terwijl het huishoudgeld slechts dient tot financiering van de „gewone gang der huishouding”. Ook deze uitdrukking kwam in de vroegere wetgeving niet voor; zij sprak in art. 164 (oud) van „de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding”. De rechtsleer gaf hieraan een ruime uitleg teneinde aan de letter van de tweede eis dezer twee-ledige kwalificatie te ontkomen. Men ging daarbij uit van de levenswijze en draagkracht van het gezin in concreto en nam aan, dat daarin „gewoon en dagelijks” waren die uitgaven, die in het betrokken milieu door de vrouw plachten te worden gedaan. Bij deze opvatting zal thans aansluiting moeten worden gezocht.¹ Het systeem is dus nu, dat art. 161 uitgaat van de totale kosten der huishouding, terwijl de uitgaven betreffende de gewone gang der huishouding hiervan slechts een deel uitmaken. De koop prijs van een televisietoestel bv. is wel een huishoudelijke uitgave, doch deze aankoop behoort normaliter niet tot de gewone gang der huishouding².

Typerend is nu, dat de wet die implicite uitgaat van de vrijheid der vrouw al of niet persoonlijk de huishouding te besturen, hier van realiteitszin blijk geeft; verondersteld wordt immers i.c., dat de vrouw de huishouding voert, althans de gewone gang daarvan³. Dit omvat het dagelijks doen van vele min of meer kleine uitgaven, waartoe de huishoudkas in staat van voortdurende liquiditeit dient te worden gehouden. De bestemmingsplicht van art. 161 op basis van evenredigheid zou nu wel bijzonder stroef werken, indien de vrouw bij voortduring haar echtgenoot diende te vragen om nakoming van zijn aandeel in de bestemmingsplicht. De man dient daarom voor de gewone gang der huishouding een periodiek voorschot te verstrekken uit zijn inkomsten: het huishoudgeld. In deze visie is het volkomen verklaarbaar, dat de man bij de bepaling van dit voorschot rekening mag houden met de bestemmingsplicht van de vrouw, waarbij echter bedacht moet worden,

¹ In deze zin ook de Toelichting op het Ontwerp-Meijers art. 1.6.5.

² Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 31 jan. 1958, N.J. 1960 no. 141, beslissende dat een aankoop van nieuwe meubels voor de som van f 2100,— niet behoort tot de gewone gang der betrokken huishouding.

³ Ten onrechte zegt de Toelichting op het Ontwerp-Meijers ad art. 1.6.5, dat de vrouw hier „...door de wet met de gewone gang der huishouding wordt belast.” Deze „last” is nergens in de wet te lezen; anders daarentegen het Duitse recht in het boven geciteerde art. 1360 B.G.B.

dat, zo zij uitsluitend in de huishouding werkzaam is en slechts inkomsten uit vermogen geniet, deze veelal niet gelijkmatig – gelijk zijn eigen inkomsten – zullen binnenvloeien. De verplichting tot het geven van huishoudgeld heeft dus redelijke zin; zij maakt het mogelijk de evenredige verdeling der totale huishoudelijke uitgaven en de derhalve noodzakelijke onderlinge afrekening – indien deze uitgaven niet ten laste van enige vorm van gemeenschap worden gebracht – slechts na afloop van een langere periode, bv. een jaar, te houden.

In het eerste lid van art. 162 worden voor de externe aansprakelijkheid mede tot de gewone gang der huishouding gebracht de verplichtingen uit het aannemen van huispersoneel voor de echtgenoten voortvloeiende. Gezien het tekstverband en de ratio legis zal nu het huishoudgeld mede moeten dienen tot het betalen van het loon van dit personeel.

Voor grotere huishoudelijke uitgaven, niet tot de gewone gang behorende, geldt de verplichting echter niet, zodat hiervoor slechts op de hoofdregel van art. 161 zal kunnen worden teruggegrepen. Nu voor koop op afbetaling een aparte regeling geldt in art. 164, in dier voege, dat beide echtgenoten daarbij dienen samen te werken, zal bij andere aankopen dus veelal betaling ineens dienen te geschieden. Weliswaar is hierbij ieder der echtgenoten zelfstandig tot deze aankopen bevoegd, doch de wetenschap dat, tenzij hij zelf de gehele koopsom wil voorschieten, hij de ander nu een bijdrage hierin, als bedoeld in art. 161, moet verzoeken, zal hier het onderling overleg vooraf bevorderen, hetgeen slechts kan worden toegejuicht.

De verplichting huishoudgeld te verschaffen aan de vrouw geldt ook indien de echtgenoten in onderling overleg niet samenwonen. Dit is, gezien het in § 3 sub B opgemerkte, volkomen aanvaardbaar. De vraag rijst echter, gezien het in § 3 sub A en C gezegde, of de wetgever hier wel het systeem geheel doordacht heeft. O.i. is de regel te beperkt; zij behoorde ook te gelden voor het geval sub A bedoeld, indien de echtgenoten niet samenwonen op grond van de gewichtige redenen bedoeld in art. 160 lid 1, zonder dat zulks in onderling overleg geschiedt.

En eveneens behoorde de regel explicite te gelden voor het geval onder C bedoeld, wanneer de man de schuldige partij is en deze derhalve, naar de hierboven gevolgde redenering, verplicht blijft tot bijdrage zijnerzijds in de kosten der huishouding van zijn vrouw en kinderen naar de maatstaven van art. 161 lid 1 en 2. Ik ben echter van mening, dat voldoende grond aanwezig is om ook in deze gevallen de regel analogice toe te passen.

Een volgende vraag, die bij lezing van art. 162 rijst, is of harerzijds de vrouw verplicht is aan de man huishoudgeld te geven, indien het gezin voornamelijk uit haar inkomen wordt onderhouden. De vraag heeft geen grote praktische waarde, daar het thans weliswaar in toenemende mate voorkomt, dat de gehuwde

vrouw door arbeid in dienstbetrekking een bepaald inkomen geniet, doch het daarbij toch uiterst zelden zal voorkomen, dat zij niet daarnaast tevens de gewone gang der gezinshuishouding blijft besturen.

Men zou zich echter deze vraag kunnen voorstellen, indien de vrouw tengevolge van werkloosheid van de man verplicht is door arbeid in het levensonderhoud van het gezin te voorzien en het voeren van de huishouding aan hem over te laten. Tijdens de parlementaire behandeling¹ heeft de minister op een desbetreffende vraag geantwoord, dat voor dit geval de verplichting van de vrouw aan haar man huishoudgeld te verschaffen kan worden gegrond op het algemene beginsel van art. 158 (slot). Dit antwoord lijkt mij juist; de regelingen van artt. 161 en 162 zijn slechts te beschouwen als nadere uitwerkingen en concretiseringen van dit algemene rechtsbeginsel, dat tot grondslag kan worden genomen voor de oplossing van situaties waaraan de wetgever niet blijkt gedacht te hebben².

Tot slot zij opgemerkt, dat ik het wettelijk stelsel in deze toch niet onverdeeld kan bewonderen. De ontwerper der wet heeft de volkomenheid der vermogensrechtelijke gelijkstelling van man en vrouw zo uitdrukkelijk ook in de tekst willen demonstreren, dat in de vermogensrechtelijke voorschriften thans overal sprake is van „ieder der echtgenoten” en van „de ene echtgenoot” tegenover „de andere echtgenoot”. In dit licht bezien frappeert het bijzonder, dat temidden dezer terminologie dan plotseling sprake is van een eenzijdige verplichting van de man jegens de vrouw. Het ware consequenter geweest, of het terrein der huishouding uitdrukkelijk toe te wijzen aan de vrouw, of deze taakverdeling in het huwelijk – gelijk geschied is – open te laten, doch dan de verplichting tot het geven van huishoudgeld te vestigen ten behoeve van „de echtgenoot, die de gemeenschappelijke huishouding bestuurt” en ten laste van „de andere echtgenoot”.

Dat men dit niet heeft gedaan is, gelijk gezegd, toe te schrijven aan de hier blijkende realiteitszin van de wetgever, die zich van het functionele onderscheid, tussen man en vrouw op dit punt blijkbaar wel bewust was. Dit gegeven, vraagt men zich dan echter af, waarom dit onderscheid geen verdere erkenning in de wet heeft gevonden. Bij de totstandkoming der wet is door de minister erkend³, dat „een onmiskenbaar verschil in roeping, taak en verantwoordelijkheid” ertoe leidt „voorschriften te handhaven, waarbij de beslissing aan de man dient opgedragen te blijven, zonder dat deze als een bewijs van minderwaardigheid der vrouw kunnen worden beschouwd”. Deze uitspraak is gedaan ter motivering van

¹ Vgl. Handelingen II p. 2727, Van Ewijk-Polak p. 21.

² Anders: De Bruijn p. 80, die aan de regel van art. 158 (slot) een beperkte strekking geeft, die daarin echter niet valt te lezen.

³ Memorie van Antwoord Eerste Kamer (no. 1430/199).

de handhaving van bepaalde regels in het familierecht, waarop ik in § 1 heb gewezen.

Het is echter de vraag of in het huwelijksrecht familierecht en vermogensrecht wel zo scherp te scheiden zijn. Erkent men – terecht – zulk een onmiskenbaar verschil in roeping en taak, dan zou dit m.i. noodzakelijk ook in vermogensrechtelijke voorschriften sporen moeten achterlaten. Bij de latere behandeling van het bestuur der huwelijksgemeenschap zal wederom gelegenheid bestaan hierop te wijzen.

Met betrekking tot het terrein der huishouding zou het m.i. overweging verdiend hebben uitdrukkelijk aan de vrouw de „sleutelmacht” toe te kennen¹. Naar ons geldend recht kan enerzijds de man het bestuur der huishouding vrijelijk doorkruisen, en weerhoudt anderzijds niets de vrouw een betrekking buitenshuis aan te nemen en haar taak aan een betaalde kracht over te laten. Het enige correctief op uitwassen is ten onzent een vordering tot scheiding van tafel en bed, indien de gedragingen als buitensporigheden in de zin van art. 288 lid 2 kunnen worden aangemerkt.

Deze conclusie lijkt mij minder bevredigend. Weliswaar hangt een goed gezinsleven nu eenmaal minder van positieve wetsbepalingen dan wel veeleer van de religieuze opvattingen, de mentaliteit, de cultuur en de economie van een volk af, doch dit is geen reden om niet in de wet enkele richtlijnen vast te leggen, die hun grondslag vinden in de in onze maatschappij geldende opvattingen².

§ 5. De aansprakelijkheid voor huishoudschulden (artt. 162 lid 1 en 163)

Spraken wij tot dusverre over tussen de echtgenoten onderling bestaande verplichtingen, thans komt ook hun externe aansprakelijkheid aan de orde.

In art. 162 lid 1 immers regelt de wetgever de aansprakelijkheid voor verbintenissen door een der echtgenoten ten behoeve van de gewone gang der huishouding aangegaan en verklaart naast hem ook de andere echtgenoot, voor het geheel, voor deze verbintenissen aansprakelijk. Hieronder begrijpt de wet mede de verbintenissen voortvloeiende uit door een der echtgenoten als werkgever ten behoeve der huishouding aangegane arbeidsovereenkomsten. Deze aansprakelijkheid kan onder omstandigheden zeer zwaar wegen. In art. 163 lid 1 heeft de wet nu de mogelijkheid geopend ervan bevrijd te worden: de rechtbank kan, wanneer daartoe gegronde redenen bestaan, op verzoek van een echtgenoot bepalen, dat deze niet aansprakelijk zal zijn voor de door de andere echtgenoot in het vervolg aangegane verbintenissen als hier bedoeld.

¹ Zo de Duitse Wet na het „Gleichberechtigungsgesetz” blijkens artt. 1357 en 1360 B.G.B.

² Men vergelijkte omtrent dit alles mijn Openbare Les dd. 11 maart 1960.

De beschikking kan uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande hogere voorziening, worden verklaard.

Bij veranderde omstandigheden kan een beschikking, op art. 163 gegrond, worden gewijzigd of opgeheven op gelijke wijze als zij is tot stand gekomen (art. 163 lid 4).

Bijzondere aandacht is hier besteed aan de rechten van derden; om tegen derden te werken moet de beschikking, waarbij het verzoek wordt toegewezen, worden gepubliceerd in twee door de rechtbank aangewezen dagbladen en in het huwelijksgoederenregister, bedoeld in art. 207, worden ingeschreven (art. 163 lid 2). Eerst nadat zowel publicatie als inschrijving heeft plaats gehad, is de echtgenoot, aan wie het verzoek is toegewezen, niet meer aansprakelijk voor de verbintenissen, die de andere echtgenoot daarna heeft aangegaan (art. 163 lid 3).

Ook bij deze wetstekst rijzen verschillende rechtsvragen. De vraag, wat tot de gewone gang der huishouding behoort, kwam reeds in de vorige paragraaf ter sprake. Toch zal men dienen te relativieren, hoewel de wet niet onderscheidt. Zij schrijft voor, dat zowel de interne verplichting tot verschaffing van huishoudgeld als de externe aansprakelijkheid jegens crediteuren geldt voor het terrein van de gewone gang der huishouding. Men kan zich echter zeer wel voorstellen, dat wat naar de stand en levensgewoonten der echtgenoten intern géén normale en periodiek terugkerende uitgave is, naar de uiterlijke schijn door een derde anders kan worden beschouwd. Deze derde zal zich aan de schijn mogen houden zonder tot een al te diepgaand onderzoek verplicht te zijn; ook hier geldt het algemene rechtsbeginsel, dat een derde te goeder trouw de uiterlijke schijn voor de werkelijkheid mag houden. Deze tegenstelling zou zich bv. kunnen voordoen bij de aankoop door de vrouw van een dure bontmantel, die voor het betrokken gezin een uitgave beduidt, die naar de betrokken stand en levensomstandigheden een abnormale uitgave is, zonder dat zulks echter aan de verkoper duidelijk hoeft te zijn.

Een der meest in het oog springende vragen, die zich verder bij lezing van de tekst voordoet, is het probleem of de wetgever hier een hoofdelijke aansprakelijkheid heeft bedoeld.

Dit wordt wel aangenomen¹, doch geheel onbetwist is het niet, gezien het voorschrift van art. 1318, inhoudende dat géén verbintenis verondersteld wordt hoofdelijk te zijn, tenzij dit uitdrukkelijk bepaald is of zij krachtens een wetsbepaling „voor hoofdelijk gehouden wordt”. Ik betwijfel of dit nu i.c. wel geschied is; er zou immers geen enkel bezwaar tegen bestaan hebben om de hoofdelijkheid der verbintenis expressis verbis in de tekst op te

¹ Aldus – zonder argumentering – De Bruijn p. 57, aarzelend Polak p. 24. Versteeg, prae-advies Broederschap der Notarissen (1956) p. 28 neemt eveneens hoofdelijkheid aan. Prakken p. 21 bespreekt de vraag wel, doch beantwoordt haar niet. Asser-Scholten-Wiarda p. 176 gaat op de vraag niet in, doch verwerpt m.i. (implicite) hoofdelijkheid op p. 175.

nemen. Vele moderne wetsbepalingen doen dit; men zie de artt. 398, 638i en 1416 d B.W., alsmede de artt. 36g, 39b, 47c, 49b en 52 W. van K. Ook in de tijdens de parlementaire behandeling gewisselde stukken is geen argument voor aanvaarding der hoofdelijkheid te bespeuren. Het wil mij voorkomen, dat onder deze omstandigheden slechts correaliteit van verbintenissen mag worden aangenomen¹. Ook de nu volgende beschouwing zal ons hiertoe leiden.

Wat is immers de wettelijke grondslag voor deze aansprakelijkheid?

Het heeft er de schijn van, dat deze berust op een door de wetgever gewilde stilzwijgende vertegenwoordigingsbevoegdheid jegens elkander. Dit is althans historisch de opzet van Van Oven geweest². In het belang van de derde mocht het geen verschil maken met welke echtgenoot hij het contract ten behoeve van de gewone gang der huishouding aanging; steeds zou hij een aanspraak jegens beiden hebben. Aanvaardt men nu deze grondslag, dan wordt het aanlokkelijk de consequentie te accepteren, dat dan krachtens diezelfde vertegenwoordigingsmacht de andere echtgenoot ook mede *partij* wordt in het ten behoeve der huishouding gesloten contract, zodat hij naast een debiteurspositie tevens dezelfde crediteursrechten verwerft als de handelende echtgenoot verkreeg. Dit zou bv. betekenen, dat ook de man de door zijn vrouw aangenomen dienstbode zou mogen ontslaan en dat ook de vrouw een schikking zou kunnen treffen met een leverancier, die wanprestatie pleegt in een met de man afgesloten contract.

Volgt men deze uitleg, dan vindt men aansluiting bij de door de jurisprudentie gegeven interpretatie van art. 164 (oud), inhoudende, dat voor de verbintenissen voortvloeiende uit door de vrouw gesloten overeenkomsten betreffende de gewone en dagelijkse uitgaven der huishouding, de man mede aansprakelijk was, doch dat niet kon worden aangenomen, dat hij dan niet ook mede de uit die overeenkomsten voortspuitende rechten zou kunnen geldend maken³.

Het is echter zeer de vraag of bedoelde consequentie van het wederzijds partij zijn, het mede crediteursrechten verwerven met alle geschetste gevolgen, wel in te passen is in het totaalbeeld van de Lex Van Oven. Dit beeld is er immers een van vermogensrechtelijke onafhankelijkheid van elkander. Vrijwel steeds behoren de vorderingen en schulden der huishouding tot een tussen de echtgenoten bestaande huwelijksgemeenschap, die volgens de beginselen der nieuwe wetgeving beheerst wordt door de beide hoofdregels: enerzijds, dat iedere echtgenoot deze gemeenschap

¹ Vgl Asser-Losecaat Vermeer-Rutten III 1ste stuk p 99 e v

² Prae-advies N J V (1927) p. 38 e v Men raadplege hier verder het heldere betoog van Jansen „De gewone gang der huishouding” in W P N R 4492

³ H R 5 febr 1909, W 8819 en H R 4 april 1929, N.J. 1929 no 727

vrijelijk met schulden kan belasten en anderzijds, dat ieder een eigen bestuursveld heeft, waarin hij van zijn zijde in de gemeenschap gevallen activa zelfstandig bestuurt.

Met deze beginselen lijkt mij nu moeilijk verenigbaar, dat de ene echtgenoot, die in de gewone gang der huishouding een vordering heeft verkregen op een derde, zou moeten toestaan, dat de andere echtgenoot tot opeising hiervan of tot het treffen van een dading hieromtrent overgaat.

In de oude wet gold een maritaal stelsel en was de interpretatie van de macht van de man ook in deze zaken verklaarbaar; onder het gesternte der emancipatie echter zou het wederzijds partij zijn – ook in de crediteurspositie – n.m.m. een uitdrukkelijke rechtsregel niet kunnen ontberen¹.

De vraag rijst dan tevens of de constructie der wettelijke vertegenwoordigingsmacht in de huishouding nog wel houdbaar is: kan men deze zo beperkt zien, dat men de ander bij dezelfde handeling wel vertegenwoordigt in de verplichtingen die men oproept, doch niet tevens in de rechten die men verwerft? Het komt mij eerder voor, dat wij bij de uitleg der wet van 1956 de gehele door Van Oven in 1927 geuite gedachte aan een wederzijdse vertegenwoordigingsbevoegdheid moeten laten varen. Van deze vertegenwoordigingsbevoegdheid blijkt immers noch uit de thans gekozen tekst, noch uit de Kamerstukken; ik meen, dat wij daarom in art. 162 niet meer mogen lezen dan strikt noodzakelijk is om het doel, dat de wetgever voor ogen had, te bereiken. Dit doel was uitsluitend aan de derde een sterkere positie te verlenen door de medeaansprakelijkheid uit te spreken van de andere echtgenoot met zijn gehele vermogen.

Ik houd het er derhalve voor, dat wij hier te maken hebben met een rechtsfiguur, waarin door wetsduiding iemands gehele vermogen verhaalsaansprakelijk wordt gesteld voor een schuld, die hij niet zelf aanging². In deze zin is hij dus schuldenaar, doch geen *mede*-schuldenaar, want zijn gehouden zijn heeft een andere oorzaak. De verbintenis van de echtgenoot, die met de derde handelt, vloeit immers voort uit overeenkomst, de verbintenis van de andere echtgenoot uit de wet. Ook op grond van deze overweging moet de hierboven ter sprake gekomen hoofdelijkheidsfiguur i.c. worden verworpen als men eist, dat naast identiciteit van prestatie er ook identiciteit van oorzaak moet zijn. Hieruit volgt, dat de wettelijke regels betreffende passieve hoofdelijkheid (artt. 1316 t/m 1331) hier geen toepassing kunnen vinden. Een groot bezwaar acht ik dit niet, vooreerst niet, omdat de voornaamste vraag – die betreffende het onderlinge regres voor de huishoudschulden – volledig is beantwoord door de regeling van art. 161 en voorts

¹ Aldus ook Prakken p. 20, anders De Bruijn p. 56.

² Aldus ook Asser-Scholten-Wiarda p. 175, die analogie met de artt. 176 lid 2 en 1403 ziet.

niet, omdat toepassing van bedoelde hoofdelijkheidsregels hier m.i. tot velerlei nieuwe vragen aanleiding zou geven.

Evenals bij de behandeling van de interne gevolgen der huishoudelijke schulden komt ook hier de vraag aan de orde of de aansprakelijkheidsregeling van art. 162 lid 1 slechts geldt voor huwelijken, waarin de echtgenoten samen wonen en derhalve een gemeenschappelijke huishouding voeren, dan wel ook voor het geval van niet-samenwoning in zijn in § 3 gemaakte onderscheidingen.

De wet zwijgt hierover volledig. Het is zeker niet noodzakelijk, dat men voor de oplossing dezer vraag tot een regeling moet komen gelijkloidend aan het systeem, aanvaard voor de onderlinge verhouding der echtgenoten. Vooreerst geeft de wet daar althans enkele steunpunten voor het stelsel (art. 161 lid 5, art. 162 lid 2 en de regeling bij scheiding van tafel en bed), doch bovendien verschilt de ratio legis principieel. In de onderlinge rechtsverhouding gaat het om de uitwerking van de plicht elkander het nodige te verschaffen op grond van het bestaan der huwelijksband, een verplichting die zo sterk is, dat zij door opheffing der samenwoning niet vervalt, tenzij de wet haar uitdrukkelijk opheft. Hier echter wil de wetgever derden beschermen uitgaande van de gedachte, dat de prestatie van de derde ten goede komt aan beide echtgenoten. Op grond hiervan zou men moeten concluderen, dat wanneer dit uitgangspunt ontbreekt waar de echtgenoten gescheiden wonen, voor deze versterking van rechten van derden geen reden is. De Toelichting op art. 1.6.5 van het Ontwerp-Meijers gaat echter van een ander standpunt uit en verklaart de man mede-aansprakelijk ook indien de echtgenoten gescheiden huishoudingen voeren. Dit Ontwerp kende slechts de mede-aansprakelijkheid van de man voor de door de vrouw aangegane verbintenissen op dit gebied, terwijl de Lex Van Oven het stelsel van wederkerigheid kent. Moet nu aan de opmerking der Toelichting ook betekenis worden toegekend voor de thans geldende tekst?¹ Ik geloof het zeker; uitgaande immers van de evengeschetste bedoeling van de wetgever, mag voor de derde geen verschil bestaan tussen samenwoning en niet-samenwoning en dit laatste nog in verschillende nuances. Het zou onredelijk zijn aan hem zijn extra-aanspraak jegens de echtgenoot van zijn wederpartij te onthouden, wanneer blijkt dat de echtgenoten niet samenwonen. Dit feit kan hem in beginsel niet worden tegengeworpen. De wet onderscheidt niet en geeft zelf in art. 163 de weg aan om van deze mede-aansprakelijkheid bevrijd te worden. Ook dit laatste is een argument voor de algemene toepasselijkheid der onderwerpelijke bepaling. Als gegronde reden in de zin van art. 163 kan naar het inzicht van de rechter immers zeer wel beschouwd worden de omstandigheid van

¹ De Bruijn p. 57 meent – zonder argumentering – van wel, behoudens voor het geval van scheiding van tafel en bed, waarvoor z.i. art. 162 lid 1 „ongetwijfeld niet meer van toepassing” is.

verbreking der samenwoning. Ofschoon de Toelichting op art. 1.6.6. van het Ontwerp-Meijers dit geval niet als voorbeeld noemt, ben ik geneigd dit zelfs als voornaamste voorbeeld te beschouwen naast de gevallen van wanbestuur of manifeste ongeschiktheid tot het bestuur der huishouding. Met De Bruijn (p. 57) zou ik op de algemene gelding der mede-aansprakelijkheid slechts één uitzondering willen toelaten: het geval van scheiding van tafel en bed, dat immers door derden op grond van de voorgeschreven publicatie in de Staatscourant (art. 300 B.W. i.v.m. de artt. 828 en 811 W.v.B. Rv.) en inschrijving in het huwelijksgoederenregister (art. 300 jo art. 207) kan worden gekend. Indien immers de werking tegen derden bij de rechterlijke beschikking van art. 163 aanvangt na de vereiste publicaties, kan eenzelfde werking worden aangenomen zodra de opheffing der samenwoning door het vonnis tot scheiding van tafel en bed een rechtsgrond heeft verkregen en dit vonnis voor derden is kenbaar geworden. Deze rechtsfiguur leidt immers mede tot een verbreking van alle huwelijksvermogensrechtelijke banden der echtgenoten, behoudens een eventueel recht op alimentatie van de onschuldige partij. Een instandblijven ener zo ingrijpende aansprakelijkheid als art. 162 lid 1 schept, is hiermede kwalijk te rijmen¹.

Met betrekking tot de rechterlijke beschikking van art. 163 lid 1 kan nog de vraag worden gesteld, hoe de opheffing van de mede-aansprakelijkheid voor de door de andere echtgenoot „in het vervolg aangegane verbintenissen” moet worden uitgelegd bij een reeds gesloten voortdurende overeenkomst, zoals bv. een arbeidsovereenkomst ten behoeve van de huishouding er een is.

Periodiek blijft hier immers een verplichting tot loonbetaling ontstaan tot de overeenkomst wordt beëindigd. Ik oordeelde echter, dat de echtgenoot, die de overeenkomst niet sloot, daarin geen partij is en dus niet opzeggen kan. Niettemin meen ik, dat de telkens opeisbaar wordende loonbedragen geen nieuwe verbintenissen zijn in de zin dezer bepaling, zodat de mede-aansprakelijkheid blijft voortduren, mits de arbeidsovereenkomst reeds bestond op het tijdstip dat de beschikking tegen derden ging werken².

De rechtsverhoudingen, die ontstaan na opheffing der aansprakelijkheid, verdienen ook verder nog onze aandacht. Voor eerst dient te worden onderstreept dat indien tussen de echtgenoten enige vorm van huwelijksgemeenschap bestaat, de huishoudschulden niettemin steeds op de gemeenschapsgoederen kunnen worden verhaald (artt. 176 en 208 lid 2).

Tenslotte zij gewezen op de verhouding tussen de externe aansprakelijkheid (art. 162 lid 1) en de interne bijdrage-plicht (art. 161) met de daaraan accessoire plicht tot verschaffing van huis-

¹ Anders Asser-Scholten-Wiarda p. 177.

² De redenering, dat alle na dit tijdstip vervallende loontermijnen als nieuw aangegane verbintenissen zijn te beschouwen op grond van niet-opzegging der arbeidsovereenkomst, gaat m.i. van een ontoelaatbare fictie uit.

houdgeld (art. 162 lid 2). Duidelijk blijkt nu dat de opheffing der externe aansprakelijkheid in principe aan de interne bijdrageplicht niets verandert en dat zelfs de verplichting tot verschaffing van huishoudgeld blijft bestaan, tenzij de rechter bij dezelfde beschikking ook hiervan vrijstelling verleent.

Behoudens het bepaalde in art. 161 lid 5 blijft de interne bijdrageplicht voortduren ook voor die verbintenissen, waarvoor men van crediteuren niets meer te vrezen heeft. Terecht heeft de minister dit standpunt verdedigd bij de parlementaire behandeling van het wetsontwerp¹.

Men dient zich het ingrijpende gevolg hiervan wel te realiseren; aannemelijk is echter, dat derden, die het wegvallen van hun extra-aanspraak jegens de andere echtgenoot hebben vernomen, groter behoedzaamheid zullen betrachten bij hun leveranties voor het vervolg, zodat de feitelijke bewegingsvrijheid van de handelende echtgenoot op dit terrein geringer zal worden.

§ 6. *Beschermende voorschriften (artt. 164, 164a en 164b)*

Uit het voorgaande – maar meer nog uit de aan het gemeenschapsstelsel ten grondslag liggende beginselen der artt. 176 en 177 – volgt hoe ingrijpend de consequenties kunnen zijn van de verworven vermogensrechtelijke gelijkheid en onafhankelijkheid. Het correctief van art. 163 lid 1 zal nu, zoals reeds werd opgemerkt, in het bijzonder bij het wettelijke stelsel der algehele gemeenschap van goederen, maar weinig praktische betekenis hebben. Ook de wetgever heeft hiervoor oog gehad; in de artt. 164 en 164a zijn voor enkele met name genoemde soorten van overeenkomsten, die voor de echtgenoten zeer bezwarende gevolgen kunnen oproepen, regelingen opgenomen, die de wederzijdse vrijheid beperken.

Het doel der voorschriften is de echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkander te beschermen²; reeds hierdoor zou het dwingend karakter dezer bepalingen vaststaan. Hun plaatsing echter in de geheel van dwingend recht zijnde 6de Titel maakte dit al duidelijk; ook behoeft het nauwelijks nog vermelding, dat om deze reden deze voorschriften gelden voor elk huwelijk, ongeacht het bestaande goederenstelsel.

Het doel der regeling tracht de wetgever in beide voorschriften op verschillende wijze te bereiken. Weliswaar is de regeling in beide gevallen op eensgezindheid der echtgenoten gericht, doch de technische uitwerking verschilt, hetgeen tevens een verschil in sanctie meebrengt. Dit zal in de volgende beschouwing duidelijk worden.

¹ Vgl. Van Ewijk-Polak p. 21.

² Door de minister is bij de parlementaire behandeling (Handelingen II p. 2724) als doel „gezinsbescherming” genoemd. Dit lijkt mij in juridische zin niet verdedigbaar, weliswaar worden ook indirect de kinderen der echtgenoten beschermd, doch voorwerp van regeling zijn slechts de betrekkingen tussen de echtgenoten. Bovendien geldt art. 164a ook als de echtgenoten gescheiden wonen. De „gezinsbescherming” is hier – vooral m.b.t. de woning en de inboedel – hoofdzakelijk en in feite slechts een bescherming van de andere echtgenoot.

A. Koop op afbetaling ten behoeve der huishouding (art. 164).

Voor de toepasselijkheid van het voorschrift is vereist:

- a. dat de koop op afbetaling geschiedt;
- b. dat de gekochte zaak kennelijk ten behoeve der huishouding strekt;
- c. dat de echtgenoten een gemeenschappelijke huishouding hebben.

Indien aan deze drie vereisten is voldaan, kan de koop slechts met medewerking van de andere echtgenoot geschieden, hetgeen, indien de overeenkomst schriftelijk moet worden aangegaan, betekent, dat beiden, persoonlijk of vertegenwoordigd bij schriftelijke volmacht, tot de akte moeten medewerken. Voorts spreekt de wet in het voorschrift beider aansprakelijkheid voor het geheel uit. Tenslotte houdt het artikel een mogelijkheid in tot vervanging van de wilsverklaring van de andere echtgenoot bij diens afwezigheid, onmogelijkheid tot wilsverklaring of weigering tot medewerking: het surrogaat is dan een machtiging van de handelende echtgenoot door de kantonrechter tot de voorgenomen aankoop.

Het artikel vervangt het bekende „pantoffelhieldartikel” (art. 162a oud) uit het tot 1 januari 1957 gegolden hebbende recht. Ook dit kende reeds de beide vereisten sub *b* en *c* genoemd, doch gold slechts voor huurkoop, die een species is van de koop op afbetaling. Het geldingsgebied van art. 162a (oud) is dus in artikel 164 verbreed tot elke koop waarbij betaling der koopsom wordt bedongen in termijnen, waarvan er tenminste twee vervallen nadat de zaak aan de koper is overgedragen, al dan niet in eigendom (art. 1576 lid 1)¹. Deze uitbreiding ontleende de Lex Van Oven aan het Ontwerp-Meijers art. 1.6.7., dat overigens noch de schriftelijke volmacht, noch het vereiste van medewerking kende en – wat dit laatste betreft – nog van „toestemming” sprak.

Met betrekking tot het tweede vereiste kan echter wel aansluiting worden gezocht bij de ruime uitleg van het oude recht². Spreekt art. 162 van de gewone gang der huishouding, hier zijn *alle* aankopen voor de huishouding in het geding. Dat deze niet slechts zaken, bestemd om tot de inboedel te gaan behoren, behoeven te betreffen, wordt in de Toelichting op het Ontwerp-Meijers ad art. 1.6.7. nog eens – m.i. overbodig – onderstreept.

Nadat deze Toelichting nog in alle bescheidenheid als voorbeeld hiervan de aankoop van een rijwiel had genoemd, was de conjuncturele ontwikkeling enkele jaren later reeds zover gevorderd dat ter adstructie dezer stelling de aankoop „onder bepaalde omstandigheden” van een auto genoemd kon worden³. De strekking der

¹ Zie echter ook art. 1576 lid 2 en 3; bij de parlementaire behandeling (vgl. Handelingen II p. 2727) sprak de Minister over de toepasselijkheid van art. 164 op „alle afbetalingsovereenkomsten van art. 1576 lid 2”.

² Vgl. Klaassen-Eggens-Polak p. 26.

³ Memorie van Antwoord I § 3 ad art. 164. Vgl. ook Rb. Arnhem 13 april 1961, N.J. 1962 no. 121.

gekochte zaak ten behoeve der huishouding moet „kennelijk” zijn¹. Dit vereist enige toelichting; er is hier wel enige gelijkenis met het vereiste der „blijkbaarheid” in art. 501. Daar beoogt de wet echter derden-bescherming en daarom beperking der vernietigbaarheid; slechts die handelingen zijn daarom aantastbaar, die verricht werden in een geestestoestand, die voor derden waarneembaar was.

Hier echter staat wel de bescherming der echtgenoten voorop, doch tussen hen onderling zal het niet licht twijfelachtig zijn of een aankoop ten behoeve van hun huishouding geschiedt. Uiteindelijk maken zij immers zelf aan de hand van hun eigen levensomstandigheden uit of zulks het geval is. De verkoper kan evenwel ernstig gedupeerd worden, zo hij meent, dat een aankoop niet voor een gemeenschappelijke huishouding plaats vindt en hij op die grond niet de medewerking van beide echtgenoten verlangt. Wij zullen immers constateren, dat de overeenkomst bij schending van art. 164 aan nietigheid lijdt. Mijn conclusie is daarom, dat de toevoeging „kennelijk” ook hier moet worden aangeduid als „voor buitenstaanders waarneembaar”. Ik bedoel hiermede een objectivering te geven: niet hetgeen voor betrokken verkoper „kennelijk” was, is beslissend, doch hetgeen een oplettend verkoper door eigen waarneming of door het inwinnen van eenvoudige inlichtingen had kunnen ervaren.

Het is verder de vraag wat het rechtsgevolg moet zijn van het feit, dat beide echtgenoten tot het contract medewerken. De bedoeling van de wetgever is hier voor ons kenbaar²; de term „toestemming” van het Ontwerp-Meijers is met opzet gewijzigd in „medewerking”, opdat vaststa dat beide echtgenoten partij zullen zijn. Het lijkt verdienstelijk, dat zulks op deze wijze is toegelicht, daar m.i. anders het partij zijn van beiden nog geenszins zeker zou zijn. De nieuwe term „medewerking” zou immers, zonder toelichting, zeer wel voor een andere – ruimere – uitleg vatbaar zijn geweest. Thans lijkt mij geen andere interpretatie toelaatbaar dan dat een onder het artikel vallende koop op afbetaling slechts geldig is, indien beide echtgenoten als partij daarbij optreden. Beiden verwerven dan n.m.m. crediteursrechten, zodat, nu deze ex contractu ontstaan, de regeling der actieve hoofdelijkheid in art. 1314 hierop toepasselijk is.

Groter belang lijkt mij echter verbonden met de vraag of – omgekeerd – voor de echtelieden nu t.a.v. de voor hen passieve zijde der overeenkomst – de verbintenis tot betaling der koopsom – een passieve hoofdelijkheid ontstaat. De wet spreekt uitdrukkelijk *beider* aansprakelijkheid voor het geheel uit. Hier zou ik echter, anders dan bij de verklaring van art. 162, willen oordelen, dat

¹ Art. 164 spreekt m.i. taalkundig minder juist van „zaken die kennelijk... strekken”, hetgeen mij vergeleken met de redactie van art. 162a (oud) geen verbetering lijkt

² Zie Memorie van Antwoord II p. 12.

deze passieve hoofdelijkheid inderdaad optreedt. De gebondenheid van beide echtgenoten heeft i.c. immers niet slechts dezelfde prestatie tot voorwerp, doch wortelt tevens in dezelfde oorzaak. Indien zij immers, krachtens de eis der wet, zich beiden partij moeten stellen in de overeenkomst, zal ook beider aansprakelijkheid uitdrukkelijk daarin zijn vastgelegd, zodat de gemeenschappelijke causa hetzelfde contract is. Doch ook indien dit niet geschiedt, zijn beiden aansprakelijk op grond van dezelfde oorzaak, nl. ex lege (art. 164, eerste zin in fine)¹.

De machtiging van de kantonrechter, welke de echtgenoot die een koop op afbetaling wil aangaan – bij afwezigheid, onmogelijkheid tot wilsverklaring of weigering van medewerking van de andere echtgenoot – in staat stelt zijn voornemen rechtsgeldig uit te voeren, is juridisch bijzonder belangwekkend.

Het schijnt mij nl. toe, dat deze machtiging praktisch wel de juiste oplossing is, doch dat de rechtsgevolgen daardoor geheel anders komen te liggen dan in het zojuist geschetste patroon. Deze machtiging kan immers onmogelijk het juridisch congruent zijn van de voorgeschreven medewerking, die niet verkrijgbaar is. Deze rechterlijke machtiging is toch m.i. slechts het complement van een door wetsduiding bestaande ontoereikende rechtsbevoegdheid.

Zij vult deze aan, zodat de handeling geldig wordt, ofschoon slechts één der echtgenoten contracteerde. Nergens treedt echter de andere echtgenoot in de rechtsverhouding: de machtiging door de rechter mag niet worden vereenzelvigd met diens wilsverklaring. De echtgenoot wordt dus i.c. géén partij en is m.i. evenmin mede-aansprakelijk. Weliswaar berust de mede-aansprakelijkheid in art. 164, zo zij al niet contractueel is uitgesproken, op de wetstekst, doch de indeling van de bepaling maakt duidelijk, naar ik meen, dat zij slechts bedoeld is voor het normale geval waarin beide echtgenoten tot de handeling medewerken². Dit laat echter onverlet de aansprakelijkheid ex lege, die art. 162 (aanhef) oplegt, indien de koop op afbetaling betrekking heeft op de gewone gang der huishouding.

De sanctie, die intreedt indien de wettelijk vereiste medewerking of machtiging tot de handeling niet is verkregen, wordt in art. 164 niet expressis verbis genoemd. Niettemin bestaat hierover geen twijfel; het voorschrift bevat immers een beperking van rechtsbevoegdheid. Vooreerst wijst de gebruikte terminologie hierop: de echtgenoot „kan... slechts kopen”,³ terwijl voorts de

¹ Na een eerste kennisname van het zojuist gepubliceerde Boek 6 Ontwerp-Nieuw B.W. vraag ik mij af of *jure constituendo* het probleem van de samenloop of hoofdelijkheid van verbintenissen daarin nog wel groot belang heeft. Vgl. Boek 6, Titel 1, Afd. 2.

² Aldus ook – zonder bepaalde motivering – Asser-Scholten-Wiarda p. 165 en 178; overigens vindt men deze vraag in de litteratuur niet besproken.

³ Hoe onvast ook op dit punt in het algemeen de terminologie van het B.W. van 1838 is, in een *moderne* bepaling mag m.i. aan een weloverwogen redactie

Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer (p. 12) duidelijk stelt, dat bij gebreke van medewerking, volmacht of machtiging de koop nietig is. De vraag waarom dit hier niet, doch in andere gevallen (artt. 164b en 177 lid 2) wel, in de tekst wordt gezegd, kan worden beantwoord met de opmerking, dat de nietigheid der betrokken handeling in de beide laatste voorschriften in het belang van derden sterk is besnoeid. Hier oordeelde men geen speciale derdenbeschermende beperkingen der nietigheid nodig. Hierboven zocht ik echter enige bescherming voor de wederpartij in de uitleg van het woord „kennelijk”.

Moet de koop op afbetaling schriftelijk worden aangegaan, dan behoren beide echtgenoten hetzij persoonlijk, hetzij door middel van een schriftelijke volmacht, tot de akte mede te werken. Het betreft hier de huurkoopovereenkomst bedoeld in art. 1576 h. De door de wetgever gegeven toelichting¹ motiveert de verplicht-schriftelijke vorm der volmacht met de opmerking, dat een mondelinge „toestemming”(?) niet gemakkelijk bewijsbaar zou zijn. Dit doet de vraag rijzen of het dan niet wenselijk ware geweest de schriftelijke vorm der volmacht voor te schrijven, *indien* de overeenkomst schriftelijk wordt aangegaan, onafhankelijk van het feit of dit schriftelijk aangaan al dan niet wettelijk verplicht is.

Het komt mij echter voor, dat de eis der schriftelijke volmacht nog op een andere rechtsgrond kan worden gebaseerd. De schriftelijke vorm der huurkoopovereenkomst schrijft de wet immers uitsluitend in het belang van partijen voor; waar deze ratio legis het vormvoorschrift beheerst, moeten m.i. – tenzij de wetgever zelf een andere regeling geeft – ook een volmacht en een eventuele voorovereenkomst in dezelfde vorm worden aangegaan.²

B. Andere bezwarende overeenkomsten en handelingen (artt. 164a en 164b)

Met een geheel andere waarborg omgeeft de wet in art. 164a een aantal handelingen van onderscheiden aard, die gemeen hebben, dat zij niet slechts voor de handelende echtgenoot, doch ook voor de andere echtgenoot bepaalde gevaren kunnen inhouden. Deze handelingen zijn:

A. overeenkomsten tot vervreemding of bezwaring van de woning of van zaken behorende tot de inboedel van de woning,

wel betekenis worden toegekend in deze De mening van Asser-Scholten-Wiarda p. 164 dat het in art. 164 om een wederzijdse beperking van handlingsbekwaamheid zou gaan, lijkt mij onhoudbaar nu er nog slechts twee categorieën van handelingsonbekwamen bestaan nl. minderjarigen en curandi. Het is strijdig met ons rechtssysteem, dat handelingsonbekwaamheid categorisch schept, wanneer men dit begrip in een bepaald geval, buiten de categorieën gelegen, hanteert. Vgl. Rijkzen „Beheersbeding en maritale machtiging” (Ac. proefschr. Utrecht 1942). Asser-Scholten-Wiarda t a p. meent echter, dat het onderscheid tussen onbekwaamheid en onbevoegdheid niet scherp kan worden gemaakt.

¹ Memorie van Antwoord II p. 12

² Vgl. Suyling VII no. 226 en II no. 60 noot 3, zie ook Klaassen-Eggens-Polak p. 62 en De Bruijn p. 408

die de echtgenoten samen bewonen of die de andere echtgenoot alleen bewoont, alsmede overeenkomsten tot ingebruikgeving en handelingen tot beëindiging van het gebruik van zodanige woning of zodanige zaken;

- B. giften, met uitzondering van de gebruikelijke, niet-bovenmatige;
- C. overeenkomsten, waarbij een echtgenoot zich, anders dan beroeps- of bedrijfsmatig, als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt.

Wij zullen thans elk der genoemde handelingen aan een afzonderlijke beschouwing onderwerpen¹.

1. Handelingen betreffende de woning

Allereerst dient het object der handeling nader te worden bepaald. In de tijdens de parlementaire behandeling gewisselde stukken is niets te vinden omtrent de uitleg van het begrip „woning”, hetgeen enigszins verwondert, daar de term in het huwelijksvermogensrecht tot dusver niet voorkwam, terwijl het gebruik op enkele andere plaatsen in het B.W. – zo in de artt. 30 en 75 – ons weinig verder helpt. Het wil mij voorkomen dat i.c. het gebruik van deze term – in stede van de uitdrukking „woonhuis” – niet zonder betekenis kan zijn; niet slechts het woonhuis, dat uit zijn aard onroerend is, zal onder dit voorschrift vallen, doch mede een woning, die uit de aard roerend is, zoals een uitneembare houten woning, een woonschip en een woonwagen. Men zal de term moeten duiden als „al hetgeen tot woonverblijf strekt”.

De wet beperkt haar beschermend voorschrift tot de gemeenschappelijke woning en tot de woning, die de niet-handelende echtgenoot alleen bewoont; wonen de echtgenoten dus gescheiden, omdat de andere echtgenoot elders zijn hoofdverblijf heeft gevestigd, dan heeft de beschikkingsbevoegde echtgenoot de toestemming van zijn partner niet van node². De ratio der bepaling is immers de andere echtgenoot te beschermen tegen handelingen, die het gebruik van de woning, waarin hij verblijft houdt, in gevaar zouden brengen; woont hij elders, dan is voor deze bescherming geen reden³. Bij gebreke aan een derogerende regeling zal het begrip „wonen” hier moeten geïnterpreteerd worden naar de maatstaven van de artt. 74 e.v.

¹ In W P N R 4724/26 heeft De Bruijn een overzicht gegeven van de tot heden gepubliceerde jurisprudentie en de in het W P N R. beantwoorde rechtsvragen

² Aldus ook President Rb Breda 11 okt 1957, N J 1957 no 666 Taalkundig zou het wellicht juist zijn geweest, indien achter de woorden „behorende tot de inboedel van de woning”, een komma ware geplaatst

³ Dat de echtgenoten van tafel en bed gescheiden zijn speelt overigens geen relevante rol, wenst de echtgenoot-eigenaar de hem toebehorende woning te vervreemden, waarin de andere echtgenoot – al of niet op grond ener overeenkomst – woont, dan is de toestemming van laatstgenoemde vereist Aldus ook Van der Ploeg in antw op Rvr V in W P N R 4717; anders oordeelt De Bruijn in W P N R 4725, daar de andere echtgenoot hier „zonder recht of titel” het huis

Vindt een der genoemde handelingen plaats met betrekking tot een gebouw, dat als een bedrijfspand en tevens als woonhuis dienst doet, dan zal het artikel eveneens van toepassing zijn.¹

Betreft de handeling echter het bedrijfsgedeelte – bv. een vervreemding na splitsing conform art. 638a – dan is het voorschrift uiteraard niet van toepassing. Verder rijst de vraag of een handeling, die slechts een deel van de woning raakt, onder de bepaling valt. Heeft de man dus de toestemming van zijn echtgenote nodig, indien hij bv. twee kamers in de gemeenschappelijke woning aan een derde verhuren wil? Mij dunkt, dat de ratio legis leidt tot een bevestigende beantwoording, indien deze vertrekken bij het gezin feitelijk in eigen gebruik zijn. Zo zijn er op dit punt nog verschillende andere vragen mogelijk, die in de literatuur tot heden nog weinig aandacht vonden, doch die de rechtspracticus voortdurend ontmoet.

Men mag ook hopen, dat de in de tekst verborgen onzekerheden spoedig verdwijnen door een vaste jurisprudentie. Deze zal n.m.m. moeten uitgaan van een rationele, doch tevens limitatieve, uitleg van de term „woning”, zulks op grond van de overweging, dat hier een beperking van algemene rechtsbevoegdheid in het geding is².

Het uitbreiden van de bepaling tot handelingen met betrekking tot het huis, dat bestemd is in de toekomst tot gemeenschappelijke woning te dienen, lijkt mij dan ook een ongeoorloofde extensieve interpretatie³.

Omtrent de handelingen, die aan toestemming onderworpen worden, valt minder op te merken. De wet spreekt hier over overeenkomsten tot vervreemding, bezwaring en ingebruikgeving, alsmede van *handelingen* tot beëindiging van gebruik. Onder de laatste zijn behalve overeenkomsten ook eenzijdige rechthandelingen begrepen⁴; de belangrijkste hier bedoeld zal de eenzijdige opzegging van een huurovereenkomst zijn.

zou bewonen en derhalve tot ontruiming gedwongen zou kunnen worden. Hier wordt m i het beginsel van art 158, dat ook i c blijft gelden, miskend, daar de plicht tot verschaffing van „het nodige” naar omstandigheden kan medebrengen, dat aan deze echtgenoot een redelijke tijd wordt gegund tot het zoeken van een andere woning

¹ Aldus ook De Bruijn p 68 en in W P N R 4725.

² Zo zal m i een verhuring van de bij de woning behorende garage niet aan toestemming cf art 164a zijn gebonden ook al herbergt deze de gezinsauto, deze laatste behoort immers wel tot de huishouding doch niet tot de inboedel. Uit de tekst der bepaling is, naar ik meen, een band tussen woning en inboedel af te leiden.

Zo zal ook vervreemding van de bij de woning behorende tuin niet door het voorschrift worden getroffen.

³ Als in de tekst Van Oven en K Westerling in W P N R 4480, anders Rb Middelburg 25 febr 1959, N J 1959 no 512 en (aarzelend) De Bruijn in W P N R 4725.

⁴ N m m brengt een teleologische uitleg van het woord „handelingen” en de tegenstelling tot de term „rechthandelingen” in art 164b voorts mede, dat men

Reeds de obligatoire overeenkomst, waarbij de verplichting tot vervreemding of bezwaring wordt gevestigd, is aan toestemming gebonden. Het notariaat zal er derhalve goed aan doen erop toe te zien, dat deze toestemming bij verkoop van onroerend goed reeds in het zgn. voorlopig koopcontract wordt opgenomen. Behalve aan verkoop en ruiling denke men bij de overeenkomsten tot vervreemding ook aan de inbreng in een maat- of vennootschap; echter ook de overeenkomst tot boedelscheiding waarin de deelgenoot, die het te verdelen huis bewoont, toestaat, dat dit aan een zijner mededeelgenoten wordt toebedeeld, is n.m.m. een handeling die onder het voorschrift valt, zodat deze deelgenoot tot zijn medewerking aan deze overeenkomst de toestemming van zijn echtgenote zal behoeven, indien zij het betrokken huis met hem samen bewoont.

Hetzelfde zal gelden als de betrokkene niet zelf, doch wel zijn echtgenote, het pand bewoont. Ook het toedelen aan een mededeelgenoot is immers een daad van vervreemding.

Bij de overeenkomsten tot bezwaring denke men, behalve aan de toezegging van een zakelijk zekerheidsrecht, evenzeer aan de overeenkomst tot vestiging van een zakelijk genotsrecht; er is geen reden om de term „bezwaring” te beperken tot zijn betekenis in het spraakgebruik inzake hypotheek.

De overeenkomst tot vestiging van een zakelijk genotsrecht zal veelal tevens een overeenkomst tot ingebruikgeving genoemd kunnen worden en uit dien hoofde reeds onder de bepaling vallen¹.

2. *Handelingen betreffende de inboedel*

Dezelfde handelingen, die met betrekking tot de woning aan de toestemming van de andere echtgenoot worden onderworpen, zijn ook betreffende zaken behorende tot de inboedel van de woning, die de echtgenoten tezamen bewonen of die de andere echtgenoot alleen bewoont, aan deze toestemming gebonden. Hier laat de wet ons echter niet in het duister tasten omtrent de bepaling van het object; de wetgever verklaart immers onder inboedel te verstaan „het geheel van het huisraad en de tot stoffering en meubilering van de woning dienende roerende zaken, met uitzondering evenwel van de boekerijen en verzamelingen van voorwerpen van kunst, wetenschap of geschiedkundige aard”.

hieronder tevens mag begrijpen feitelijke handelingen. Ik kan mij deze zowel ten aanzien der woning, als betreffende de inboedel voorstellen. Bij de inboedel zal dit b.v. zijn de eenzijdige wegvoering van inboedelgoederen uit de echtelijke woning. Vgl. hierover H.R. 23 dec. 1960, N.J. 1961 no. 86, en *Ars Aequi* 1961 p. 235 (met noot van De Bruijn). De H.R. en het in cassatie gehandhaafde arrest van het Hof te 's-Gravenhage d.d. 30 juni 1960 ontgingen deze vraag, terwijl De Bruijn t.a.p. zich van een oordeel onthoudt. Deze ruime uitleg werd door de P.G. Langemeijer in zijn conclusie tot het arrest verworpen. In W.P.N.R. 4726 nadert De Bruijn mijn standpunt door aan te nemen, dat art. 164a een (gemeenschappelijk) gebruiksrecht op woning en inboedel impliceert.

¹ Ik zou zelfs in bepaalde erfdienstbaarheden een bezwaring van de woning willen zien, bv. in de *servitus altius non tollendi* (art. 728).

In deze begripsomschrijving komen o.m. de termen „huisraad”, „stoffer” en „meubiler” voor, die in diverse variaties tevens verschijnen in de artt. 568 tot en met 574, waar de wetgever van 1838 de inhoud van onderscheiden termen bepaalt met behulp van thans grotendeels verouderd aandoende opsommingen. Het is op zich zeer toe te juichen, dat de wetgever anno 1956 heeft gepoogd zich hiervan los te maken; de betekenis der termen zou dan in maatschappelijke en dus evoluerende zin kunnen worden bepaald. Door echter de evengenoemde termen in de definitie zonder meer op te nemen, verzeilt men m.i. opnieuw in de wettelijke interpretaties van de artt. 571, 573 en 574¹. Bepaalde moeilijkheden lijkt dit echter niet op te leveren, daar een moderne aanpassing van de daar gegeven voorbeelden mij wel toelaatbaar voorkomt. Verdienstelijk is in elk geval, dat bibliotheken en de genoemde verzamelingen van het begrip „inboedel” zijn uitgesloten. Zij bezitten een hoogst persoonlijk karakter, dat mede tot uiting komt in art. 182. Uit de wetstekst lijkt mij overigens af te leiden, dat verkoop van afgedankte meubelstukken, die in de woning geen functie meer vervullen, zonder toestemming van de andere echtgenoot kan geschieden.

Volledigheidshalve zij er nog op gewezen, dat door de algemene strekking van art. 164a deze bepaling van toepassing is, zowel indien de in de handeling betrokken zaak het privé-eigendom is van de handelende echtgenoot, als ook wanneer de zaak tot de gemeenschap behoort en onder zijn bestuur staat.

3. *Giften*

Ook hier is het tussen echtgenoten bestaande goederenstelsel onverschillig, evenals ook bij de overeenkomsten in het artikel sub c bedoeld. Gebruikelijke, niet-bovenmatige, giften zijn vrijgesteld; de vermogenstoestand en de levenswijze der echtgenoten zullen hiervoor beslissend zijn². Met opzet spreekt de wetgever hier van „giften” en niet van „schenkingen”; blijkbaar wilde men tot uitdrukking brengen, dat iedere materiële bevoordeling uit vrijgevigheid aan toestemming is gebonden. Een beperkte uitleg, die het voorschrift slechts op de formele schenking van art. 1703 zou doen slaan, zou een volslagen negatie van de ratio legis betekenen. De uitdrukking „giften” is derhalve niet beperkt tot overeenkomsten; ook eenzijdige rechtshandelingen kunnen giften in bovenstaande zin zijn. Men denke hier aan de kwijtschelding van schuld – zo men haar als eenzijdige handeling opvat – en aan de aanwij-

¹ Vlg. art. 568 zijn immers de wettelijke definities van toepassing, indien in de wet een uitdrukking wordt gebezigd „zonder enige bijvoeging, uitlegging, uitbreiding, of beperking”. Door de boeken en verzamelingen uit te sluiten is m.i. art. 570 uitgeschakeld, doch, door de uitdrukkingen huisraad, stoffer en meubiler te gebruiken, niet zonder meer de artt. 571, 573 en 574.

² De nevenstelling der beide adjectieven in de tekst lijkt mij geen dubbele eis te beduiden, veeleer is het niet-bovenmatig zijn een nadere aanduiding van het gebruikelijk zijn der gift.

zing van een begunstigde van een gesloten levensverzekering¹.

Voldoening aan een natuurlijke verbintenis is uiteraard geen gift bij gebreke aan het vereiste der vrijgevigheid, dat onverenigbaar is met bestaan ener – zij het niet afdwingbare – verplichting tot prestatie. Op welk punt echter een verplichting van moraal en/of fatsoen zo dringend wordt, dat zij tot natuurlijke verbintenis uitgroeit en waar mitsdien een vermogensoverheveling nog schenking is en waar zij tot betaling van schuld geworden is, is een bekend probleem voor welks behandeling verwezen zij naar de algemene leer van het verbintenissenrecht.

4. *Borgtocht en hoofdelijk medeschuldenaarschap*

Terecht heeft de wet deze beide vormen van verschaffing van persoonlijke zekerheid als gevaarlijk voor zowel de handelende echtgenoot als voor de andere echtgenoot onderkend. Ieder, die met de rechtspraktijk enigszins op de hoogte is, kent de desastreuze gevolgen van onberaden handelen op dit gebied. Er zijn echter nog andere gelijksoortige handelingen met dezelfde gevaren te bedenken, waarover het voorschrift zwijgt. Te denken valt hier aan de garantie van art. 1352, aan het stellen van pand of hypotheek voor de schuld van een derde en aan fiduciaire eigendomsoverdracht voor een zodanige schuld. De verleiding is daarom ratione legis bijzonder groot om nu maar tot extensieve interpretatie over te gaan. Op dogmatische gronden voel ik hiervoor echter weinig; gezien het exceptieve – immers bevoegdheidsbeperkende – karakter der gehele bepaling, bestaat hiertoe geen vrijheid². Pand, hypotheek of fiduciaire eigendomsoverdracht voor de schuld van een derde zullen dan ook slechts aan toestemming gebonden zijn waar zij betrekking hebben op de woning of zaken behorende tot de inboedel, bedoeld in het eerste gedeelte der bepaling. Dergelijke handelingen als een gift aan de derde in ruime zin te beschouwen lijkt mij echter ontoelaatbaar³.

Intussen valt niet goed in te zien, waarom de wetgever slechts bepaalde handelingen aan toestemming heeft gebonden en andere – even gevaarlijk – ongeregeld heeft gelaten.

Van de hiergenoemde overeenkomsten zijn uitgezonderd de zodanige, die in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangegaan⁴. Ook dit schept twijfel; De Bruijn (p. 70) beveelt hier een soepele uitleg aan in het belang van het rechtsverkeer. Men kan

¹ Aldus ook De Bruijn p. 69 en Van der Ploeg in antw. op RvR I in W P N R 4575 (voor de verwerping ener nalatenschap uit liberaliteit),

² Aldus ook Polak p. 13 en Prakken p. 23, anders Pitlo supplement p. 14 en De Bruijn p. 70, die zo nodig de term „borg” zowel op persoonlijke als op zakelijke borgtocht willen betrekken en dusdoende hierin te veel eer bewijzen aan het niet-juridische spraakgebruik. In de Memorie van Antwoord (Tweede Kamer) inzake art. 167a Nieuw B W wordt de door mij gegeven enge uitleg bevestigd.

³ Anders Polak p. 13.

⁴ Waarom de nevenstelling „beroep of bedrijf” hier wordt gebruikt is niet duidelijk, het bedrijf is toch een species van het genus beroep.

echter ook voor het omgekeerde pleiten in het belang van de echtgenoten. Ik zou de uitzondering toepasselijk achten indien duidelijk vaststaat, dat het zich stellen als borg of hoofdelijk medeschuldenaar in het kader der eigen beroeps- of bedrijfsuitoefening van de betrokken echtgenoot door de omstandigheden onvermijdelijk is, zodat de handeling in het eigen beroeps- of bedrijfsbelang wordt gesteld en derhalve een redelijk nut heeft. Dat de handeling echter moet behoren tot het terrein der gewone en dagelijkse beroeps- of bedrijfshandelingen is niet uit de wet af te leiden. Terecht eiste de Hoge Raad bij arrest van 22 juni 1962 (R.v.d.W. 1962 no. 21) ingeval van een borgtocht, dat het aangaan daarvan een uitoefening moet vormen van het beroep of bedrijf van de borg *zelf*. Dat zij met dit beroep of bedrijf *verband* houdt, is onvoldoende.

Opmerkelijk is nog, dat de wet spreekt over het zich verbinden als „hoofdelijk medeschuldenaar”, welke term in het overeenkomstenrecht veelal voor iedere schuldenaar bij passieve hoofdelijkheid wordt gebruikt. Ik meen echter, dat het redelijk is onderscheid te maken; er is reden tot twijfel of de wettelijke regeling bedoelt dat A, die gehuwd is met B en een geldlening aangaat te eigen behoefte, waarbij de crediteur eist, dat een derde C zich tot meerdere zekerheid als hoofdelijk schuldenaar verbindt, nu de toestemming van zijn echtgenote moet vragen. De geldlening zelf is immers niet aan toestemming gebonden en het feit, dat C zich medeverbindt, brengt voor A en B geen groter risico mede. Ik meen dan ook op grond der ratio legis te mogen aannemen, dat in art. 164a sub c slechts die verbintenissen van hoofdelijk medeschuldenaarschap zijn bedoeld, waarbij de betrokken echtgenoot in de onderlinge relatie der schuldenaren (art. 1328) tot minder dan de gehele hoofdsom is gehouden.

Tot slot zij nog opgemerkt, dat het voorschrift slechts geldt bij de hoofdelijkheid, die vrijwillig wordt aanvaard en zonder zodanig beding niet zou bestaan; met name is de bepaling dus daar niet toepasselijk waar de wet de hoofdelijkheid dwingend aan het handelen verbindt, zoals bij de verbintenissen van de vennoten ener vennootschap onder firma (art. 18 W. van K.).

De wilsverklaring, die van de andere echtgenoot wordt gevorderd, noemt de wet een toestemming. Zij completeert de bevoegdheid van de handelende echtgenoot, doch maakt de andere echtgenoot geenszins tot partij bij de handeling gelijk de medewerking, in art. 164 bedoeld, dit doet. Derhalve doet deze wilsverklaring rechten noch plichten jegens de wederpartij ontstaan. Zij is niet aan vorm gebonden. In de parlementaire stukken wordt zelfs verondersteld, dat de toestemming veelal slechts stilzwijgend verleend zal worden¹. Uiteraard heeft zulks grote bezwaren uit een oogpunt van bewijs; mede om deze reden is de inroeping van de

¹ Vgl. Derde Nota van Wijzigingen ad art. 164a.

nietigheid der handeling overeenkomstig art. 164b slechts gedurende een korte termijn mogelijk gemaakt. Dit lijkt mij echter geen afdoende opheffing van de rechtsonzekerheid, die door het wettelijk stelsel kan worden veroorzaakt. Bij vervreemding van bv. onroerend goed is toch steeds de zekerheid van de gepubliceerde eigendom in het geding. Het zou geen overdreven complicatie van het rechtsverkeer betekend hebben, indien de wetgever tenminste – naar het voorbeeld der regeling, die hij even tevoren gaf in art. 164 – ten aanzien van handelingen, die schriftelijk moeten worden aangegaan, voor de vereiste toestemming dezelfde vorm had geëist.

Het is dan ook een gelukkige omstandigheid, dat de notariële praktijk hier haar taak verstaat en bij vervreemding en bezwaring van onroerend goed, alsmede bij formele schenkingen, de vereiste toestemming in de akte opneemt of haar vastlegt in een daaraan vast te hechten onderhands geschrift.

In het laatste lid van art. 164a stelt de wet de toestemming in drie gevallen vervangbaar door een rechterlijke uitspraak. Het betreft dezelfde gevallen die in art. 164 zijn vermeld: afwezigheid, onmogelijkheid tot wilsverklaring en weigering van de echtgenoot, wiens toestemming is vereist.

Hier echter maakt de wet onderscheid in de absolute competentie; in de beide eerste gevallen is de kantonrechter, in het laatste echter de rechtbank, bevoegd verklaard. Voor dit verschil zie ik weinig reden; de inschakeling der rechtbank zal immers doorgaans meer tijd vergen en werkt kostenverhogend.

De sanctie (art. 164b)

Wordt een der in het vorig artikel bedoelde rechtshandelingen verricht zonder toestemming, dan kan de echtgenoot, wiens toestemming vereist was, de nietigheid daarvan inroepen binnen een jaar nadat de handeling ter zijner kennis is gekomen¹. Wij ontmoeten hier een geval van relatieve nietigheid; er is relativiteit, omdat slechts deze echtgenoot de nulliteit kan inroepen en er is nietigheid, omdat de rechtsgevolgen der handeling door het inroepen ervan reeds wegvallen zonder dat een rechterlijke uitspraak daartoe nodig is. Het inroepen der nietigheid is derhalve niet aan vorm gebonden². De wet geeft dit duidelijk aan; zij verklaart, dat door het beroep op de nietigheid blijkt, dat over de goederen „onrechtmatig is beschikt”, zodat deze van eenieder

¹ Rb. Arnhem 22 juni 1961, N.J. 1962 no. 111, besliste, dat indien het huwelijk wordt ontbonden, terwijl de termijn nog lopende is, door deze ontbinding de mogelijkheid tot inroeping der nietigheid uitdooft, zulks met de motivering, dat het „gezin is uiteengevallen en, de gezinsbescherming niet meer behoeft te worden nagestreefd”.

In deze verwerpelijke opvatting zie ik de consequentie van het gebruik van de onjuiste term „gezinsbescherming”. Het is in juridische zin niet „het gezin” dat beschermd wordt, doch voornamelijk en in feite de andere echtgenoot!

² Aldus ook Rb. 's-Hertogenbosch 1 mei 1959, N.J. 1960 no. 79.

kunnen worden opgevorderd. Met opzet is hier een terminologisch verschil geschapen met art. 177 lid 2; daar wordt gesproken van „terugvorderen”, hier van „opvorderen”. De goederen keren i.c. immers na een onrechtmatige vervreemding terug naar het vermogen waartoe zij behoren. hetgeen ook het privé-vermogen van de echtgenoot, die de handeling zonder toestemming verrichtte, kan zijn.

Ter bescherming van het rechtsverkeer is echter de inroeping dezer nietigheid op ingrijpende wijze beperkt. Rechten van derden te goeder trouw en om baat verkregen worden immers geëerbiedigd, waarbij mede als derde wordt beschouwd degene, die met de echtgenoot heeft gehandeld. Deze bescherming staat naast de algemene, die in art. 2014 aan de verkrijger van roerende lichamelijke goederen en toonderrechten wordt verleend. Een beperking van de inroeping der nietigheid ligt echter reeds in de korte termijn van één jaar; weliswaar begint deze termijn eerst te lopen na kennisname der handeling, doch de belanghebbende derde zal de echtgenoot, wiens toestemming ontbreekt, op de hoogte kunnen stellen, terwijl verdedigbaar is, dat hij hem daarbij een redelijke termijn kan stellen om zich uit te spreken, waarbij mag worden aangenomen, dat de echtgenoot deze toestemming alsnog verleent door stilzwijgende bekrachtiging der handeling, indien hij de gestelde termijn laat voorbijgaan zonder op de sommatie te antwoorden¹. Wordt dit middel echter niet toegepast dan bedenke men, dat geruime tijd kan verlopen alvorens de onrechtmatige handeling aan de andere echtgenoot bekend wordt, zodat haar geldigheid veel langer dan één jaar in het onzekere kan blijven².

Dit aspect der regeling brengt mij tevens tot de algemene vraag hoe het systeem van art. 164b juridisch moet worden geduid en hoe het moet worden gezien tegen de achtergrond van de algemene beginselen van het vermogensrecht.

In het bijzonder is dit van belang wanneer het gaat om vervreemdingshandelingen en derhalve de vraag der eigendomsverkrijging in het geding is. Primair dient de vraag te worden beantwoord of het ontbreken der toestemming van art. 164a een titelgebrek dan wel een tekort aan bevoegdheid vormt. Naar ik meen duidelijk het laatste; de handelingsbevoegdheid van ieder der echtgenoten wordt in art. 164a beknot. Door de vereiste toestemming wordt zij gecompleteerd, doch mede wordt het tekort aan bevoegdheid gedekt door het expireren van de in art. 164b gestelde termijn zonder beroep op het gebrek. Dit beroep noemt de wet m.i. minder juist een inroepen der nietigheid. Het is echter de

¹ Aldus de Derde Nota van Wijzigingen ad art. 164b Zonder bedenking is echter de overname van dit elders aanvaarde beginsel niet, de wet stelt immers zelf reeds een zeer korte termijn

² Hierop wijzen ook Prakken p. 28, Kalis in W P N R 4447 en De Bruijn p. 72. Prakken t a p. geeft zelfs een voorbeeld van de inroeping der nietigheid na 50 jaar!

onbevoegdheid, die wordt gerelativeerd. Beroept de andere echtgenoot zich niet op het gebrek, dan blijft de handelende echtgenoot gelden als iemand die bevoegdelijk handelde. Is er derhalve een levering geweest, berustende op een geldige titel, dan is de eigendom, overeenkomstig art. 639, terstond rechtsgeldig overgegaan. De slechts interne onbevoegdheid verkrijgt echter door het tijdig beroep een algemene – ook extern-zakenrechtelijke – werking, zodat de eigendom blijkt nimmer te zijn overgegaan op de verkrijger. Het beroep op de onbevoegdheid faalt echter en bedoelde algemene werking daarvan wordt verhinderd, zodra daardoor een verkrijger te goeder trouw en onder bezwarende titel¹ zijn rechten zou verliezen. Deze goede trouw is de verschoonbare dwaling, dat de toestemming van de andere echtgenote in het gegeven geval verkregen of onnodig was, Vgl. voor een falend beroep op goede trouw het op p. 40 genoemde arrest van de Hoge Raad d.d. 22 juni 1962.

Ook een verdere rechtsopvolger te goeder trouw en onder bezwarende titel kan het beroep op art. 164b afweren, al verkreeg hij ook zijn recht van een wederpartij, die zelf niet te goeder trouw was en/of om niet had verkregen. In dit verband zij nog opgemerkt, dat m.i. goede trouw eerder zal mogen worden aangenomen bij een latere verkrijger dan bij de wederpartij van de handelende echtgenoot. Deze wederpartij zal op grond van zijn direct contact met laatstgenoemde in staat zijn een meer diepgaand onderzoek in te stellen dan een latere verkrijger. Hij zal zich ervan moeten vergewissen of zijn wederpartij gehuwd is en – in het geval van aankoop van een woonhuis – of dit tot woning dient aan beide echtgenoten of aan de andere echtgenoot alleen en zo ja, of de toestemming van de andere echtgenoot is verkregen. De notaris, als gemachtigde van de verkrijger van onroerend goed optredende bij dit onderzoek, zal zich dus jegens hem schadeplichtig kunnen maken, indien hij bij dit alles geen redelijke eisen van zorgvuldigheid in acht neemt. Terecht wordt door nagenoeg de gehele rechtsleer het standpunt van Van Oven verworpen, dat men naar het al of niet gehuwd zijn van zijn wederpartij geen onderzoek behoeft te doen. Reeds uit het feit, dat aan de goede trouw in art. 164b zulk een belangrijke rol wordt toegekend met betrekking tot rechtshandelingen die onder art. 164a vallen, volgt de onhoudbaarheid dezer stelling². De vraag of het beroep van de andere echtgenoot op het ontbreken zijner toestemming, ingesteld meer dan 20 jaar na de handeling – die eerst dan te zijner kennis komt – tegen een derde te goeder trouw, die echter om niet verkreeg, niet zal afstuiten op het beroep van laatstgenoemde op

¹ Deze dubbele eis van verkrijging te goeder trouw en om baat treft men in moderne wetsbepalingen in toenemende mate aan, zo in artt. 238 en 517 W. van K.

² Vgl. Van Oven in noot 7 onder na te noemen artikel van Kalis; anders Kalis in W.P.N.R. 4471, Hoevers in W.P.N.R. 4475 en De Bruijn p. 73, die allen oordelen als in de tekst.

art. 2000 lid 1, zal, naar ik meen, slechts academische betekenis hebben. Het wil mij echter voorkomen, dat dit verweer inderdaad zou kunnen worden gevoerd, eventueel met toepassing van art. 1995, in welk geval ook al zijn rechtsvoorgangers mede de goede trouw van art. 164b moeten hebben bezeten.

§ 7. *Bestuursopdracht (art. 165)*

Wanneer een echtgenoot afwezig is of in de onmogelijkheid verkeert zijn privé-vermogen of de goederen der gemeenschap te besturen, kan de andere echtgenoot overeenkomstig art. 165 zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek hem dit bestuur op te dragen. De wet eist in het geval van afwezigheid niet, dat de afwezige geen orde op zaken heeft gesteld of dat de door hem achtergelaten volmacht is vervallen, gelijk zij dit in art. 519 doet.

Evenmin wordt geëist, dat er onverwijld noodzakelijkheid is om in het beheer te voorzien, gelijk dit in het corresponderende art. 180 (oud) het geval was. Uit de tekst blijkt zelfs duidelijk, dat indien er geen sprake is van onverwijld noodzaak, omdat de afwezige een vertegenwoordiger heeft aangesteld om zijn vermogen te besturen, de kantonrechter niettemin dit bestuur aan de achtergebleven echtgenoot kan opdragen. Het voorschrift bepaalt immers, dat in dit geval deze vertegenwoordiger moet worden gehoord of behoorlijk opgeroepen omtrent het verzoek.

De mogelijkheid tot bestuursopdracht aan de andere echtgenoot, hoewel de afwezige een vertegenwoordiger heeft aangesteld, is in de Lex Van Oven opgenomen in afwijking van het Ontwerp-Meijers, dat deze mogelijkheid niet kende¹. De overweging van de wetgever hierbij was, dat ook in dit geval een bestuursopdracht wenselijk kan zijn, terwijl aan de rechter de nodige vrijheid moet worden gelaten om, met inachtneming van alle omstandigheden, een beslissing te nemen.

De termen „afwezigheid” en „onmogelijkheid” zullen volgens gangbaar spraakgebruik moeten worden uitgelegd. Onder afwezigheid zal dus corporele afwezigheid, onder onmogelijkheid zowel fysieke als psychische onmogelijkheid moeten worden verstaan. Uiteraard zal de afwezigheid of onmogelijkheid enige continuïteit moeten bezitten, zodat er een redelijke grond voor ingrijpen is. Van dit laatste rept de tekst echter niet, daar zij het oordeel hierover geheel aan de prudentie van de rechter wil overlaten. Op deze wijze is een soepele en aanvaardbare regeling verkregen.

Niettemin zijn met betrekking tot het onderhavige voorschrift enkele belangwekkende juridische complicaties gerezen. Zij betreffen die gevallen, waarin in de noodzaak tot voorziening in het bestuur op grond van psychische onmogelijkheid ook op andere wijze dan door toepassing van art. 165 zou kunnen worden voorzien.

Men kan hierbij de volgende gevallen onderscheiden:

¹ Zie Memorie van Antwoord II p. 19.

- a. de betrokken echtgenoot is opgenomen in een krankzinnigen-gesticht overeenkomstig het bepaalde in de Krankzinnigen-wet¹, zodat de benoeming van een provisioneel bewindvoerder overeenkomstig art. 33 dier wet zou kunnen worden gevraagd;
- b. hij verkeert in een voortdurende staat van onnozelheid, krankzinnigheid of razernij, bedoeld in art. 487, zodat onder curatele stelling en de benoeming van een curator zouden kunnen worden uitgelokt.

De cumulatie van mogelijkheden, tot voorziening in het vermogensbeheer van de betrokkene, leidt tot de vraag of art. 165 wellicht als *lex specialis* moet worden gezien tegenover de algemene regelingen vervat in art. 33 der Krankzinnigenwet en in de 18de Titel van het Eerste Boek van het Burgerlijk Wetboek, dan wel of art. 165 de *lex generalis* vormt, waaraan juist de genoemde regelingen derogeren.

Voorts is nog een derde opvatting mogelijk, die ik de facultatieve leer zou willen noemen; in deze opvatting staan art. 165 en de andere mogelijkheden gelijkwaardig naast elkaar en is het aan de rechterlijke prudentie overgelaten de meest wenselijke oplossing te geven.

Ook bij afwezigheid van een der echtgenoten doet zich een soortgelijk probleem voor, indien althans de vereisten in art. 519 gesteld aanwezig zijn; dan immers rijst de vraag naar de verhouding tussen de mogelijkheid tot benoeming van de in dit artikel bedoelde bewindvoerder en de bestuursopdracht van art. 165 evenzeer.

De hier genoemde problemen zijn zowel practisch als rechtswetenschappelijk van bijzonder belang. Practisch, omdat het voor de andere echtgenoot groot verschil maakt of de ene dan wel de andere weg moet worden gevolgd; rechtswetenschappelijk, omdat het probleem van de samenloop van rechtsfiguren steeds bijzonder gecompliceerd is als de wetgever geen duidelijke afbakening heeft gegeven, hetgeen zich vooral dan voordoet, wanneer bij novelle een nieuwe rechtsfiguur wordt ingevoerd tegen de achtergrond van reeds van oudsher bestaande instellingen².

De verschillen tussen de bestuursopdracht van art. 165 en de overige rechtsfiguren zijn in hoofdzaak de volgende:

1. In art. 165 verleent de kantonrechter de bestuursopdracht; de rechtbank daarentegen benoemt de provisonale bewindvoerder van art. 33 der Krankzinnigenwet en spreekt de curatele uit (art. 490), waarna de kantonrechter een curator en een toeziend curator benoemt (art. 503). De bewindvoerder van art. 519 wordt benoemd door de rechtbank.

2. In art. 165 heeft de rechter slechts de keuze tussen de be-

¹ Wet van 27 april 1884 tot regeling van het Staatstoezicht op krankzinnigen artt. 12 e.v.

² Vóór de invoering van de Lex Van Oven bestond het onderhavige probleem echter reeds – in beperkte mate – betreffende de verhouding tussen art. 180 (oud) en curatele. Vgl. Klaassen-Eggens-Polak p. 33.

stuursopdracht aan de andere echtgenoot en afwijzing van het verzoek; bij de benoeming van een provisioneel bewindvoerder, een curator of een bewindvoerder van art. 519 is de rechter echter geheel vrij om de andere echtgenoot dan wel een derde aan te wijzen.

3. Het belangrijkste verschilpunt betreft de omvang der handelingsbevoegdheid.

De andere echtgenoot, aan wie conform art. 165 het bestuur wordt opgedragen, ontvangt in beginsel een onbegrensde macht; beperkingen in zijn bevoegdheid zouden slechts kunnen schuilen in de „nadere regelen omtrent het bestuur”, die de rechter stellen kan blijkens het bepaalde in art. 165 eerste lid (in fine). Betreft de bestuursopdracht privé-goederen van de echtgenoot, dan lijkt mij de rechtsfiguur van vertegenwoordiging hier duidelijk aanwezig; een argument hiervoor is het bepaalde in art. 166.

Is er echter met betrekking tot het bestuur over gemeenschaps-goederen wel sprake van vertegenwoordiging? De andere echtgenoot wordt hier immers geroepen tot het bestuur over goederen, waarvan hij zelf – even volledig als de conform art. 177 tot dat ogenblik bestuurd hebbende echtgenoot – eigenaar is. Het komt mij daarom voor, dat hier veeleer sprake is van een verruiming van (bestuurs)bevoegdheid dan van vertegenwoordiging¹.

Deze verruiming heeft dan anderzijds tot gevolg, dat de afwezige of in de onmogelijkheid verkerende echtgenoot van dat bestuur is uitgesloten, zodat hij, zolang de bestuursopdracht voortduurt, onbevoegd is tot de onder art. 177 (eerste lid) vallende handelingen. De vraag ontstaat daarbij of de aldus uit het bestuur ontzette echtgenoot wel door het aangaan van schulden zijn vermogen vermag te verbinden en aldus indirect aan te tasten. Ik meen dat deze mogelijkheid aanwezig blijft, daar slechts art. 177, doch niet art. 176, door de bestuursopdracht wordt terzijde gesteld².

Bezien wij echter de andere figuren, dan is de handelingsbevoegdheid van de provisioneel bewindvoerder van art. 33 der Krankzinnigenwet, van de curator en van de bewindvoerder van art. 519, steeds een vertegenwoordigings-bevoegdheid, die aan wettelijke beperkingen onderhevig is.

¹ Behalve de tot het bestuur over privé-goed beperkte omvang van art. 166 wijst in deze richting mede de vroegere visie op de machtiging van art. 180 (oud), vgl. Asser-Scholten, *Fam. ierecht* 7de druk p. 144. Als in de tekst. De Bruijn in het Eggens-nummer van het W P N R d d 9 dec 1961 (No 4701 p. 504), anders: Asser-Scholten-Van der Grunten p. 17. Een opmerkelijke consequentie van de door mij verdedigde leer is, dat bij scheiding van een onverdeeldheid de bepalingen van art. 1117 lid 2 e v toepasselijk zijn, indien het aandeel in de onverdeeldheid behoort tot het privé-vermogen van de echtgenoot, die het bestuur cf art. 165 heeft verloren, doch niet, indien dit aandeel behoort tot de huwelijksgemeenschap.

² Ik doe dit echter met veel minder overtuiging dan De Bruijn p. 61, die hetzelfde leert, omdat deze echtgenoot „nu eenmaal niet onder curatele is gesteld”. Dit is echter geen afdoende argument, men vergelijk de rechtspositie van de onder bewind gestelde (art. 1066) en de regeling in de artt. 23 en 24 der Faillissementswet met het onderwerpelijk geval.

Eerstgenoemde kan immers geen andere daden dan van zuiver beheer verrichten en heeft voor ingrijpender handelingen machtiging van de kantonrechter nodig; de curator is aan de bepalingen betreffende het voogdijbeheer onderworpen (art. 507 junctis artt. 432 e.v.), terwijl dit laatste eveneens geldt voor de bewindvoerder van art. 519, tenzij de rechtbank hieromtrent anders mocht hebben bepaald (art. 520 in fine). Anderzijds zijn de curandus en de gestichtsverpleegde – vgl. art. 32 der Krankzinnigenwet – handelingsonbekwaam, zodat door hen persoonlijk aangegane schulden onder de werking van art. 1482 vallen.

Dit alles lijkt mij van voldoende gewicht om de beide eerstgemelde opvattingen, die de oplossing zoeken in de *lex specialis/lex generalis* regel te verwerpen op grond van algemene rechtsbeginselen¹. Ik ga derhalve uit van het ongelijksoortige karakter der betrokken rechtsfiguren en neem aan, dat het aan de rechter moet zijn overgelaten in het concrete geval op de naar zijn oordeel meest wenselijke regeling aan te sturen.

Wetstechnisch zijn er geen bezwaren om ook bij afwezigheid in de zin van art. 519 en bij onmogelijkheid, bestaande in plaatsing in een krankzinnigengesticht of in de geestelijke gestoordheid bedoeld bij art. 487, 1°, een bestuursopdracht volgens art. 165 uit te lokken, zomin als er bezwaren tegen kunnen bestaan om, in plaats van de benoeming van een provisioneel bewindvoerder over het vermogen van de gestichtsverpleegde, diens curatele uit te lokken. Art. 34 der Krankzinnigenwet kent hiertoe zelfs een vereenvoudigde procesgang.

De hier verdedigde facultatieve opvatting is ook die van de Hoge Raad blijkens het arrest van 23 sept. 1960²; zij vindt voorts steun in de Memorie van Antwoord (II p. 19), waarin werd opgemerkt, dat aan de rechter de nodige vrijheid moet worden gelaten om met in achtneming van alle omstandigheden een beslissing te geven.

Dit omvat mede, dat onder curatele stelling van de door een bestuursopdracht conform art. 165 uit het bestuur ontszette echtge-

¹ De Ktr te Leeuwarden ging in zijn beschikking van 20 febr. 1959 (gepubliceerd in W P N R 4529) uit van de opvatting, dat de regeling van art. 33 der Krankzinnigenwet een *lex specialis* is tegenover art. 165. De Rb Leeuwarden bevestigde op 6 april 1960 deze beschikking, waarbij een verzoek als bedoeld in art. 165 was afgewezen, zij motiveerde dit echter anders, nl. met de overweging dat onder de onmogelijkheid tot bestuur, bedoeld in art. 165, niet een verblijf in een krankzinnigengesticht kan zijn begrepen. Implicite ging derhalve ook de Rb. uit van het praevalerend karakter der Krankzinnigenwet.

² De in noot 1 vermelde beschikking der Rb Leeuwarden werd hierbij in het belang der wet vernietigd.

Het arrest is gepubliceerd in N.J. 1960 no. 521 en voorzien van een uitvoerige annotatie van De Bruijn in *Ars Aequi* (februari 1961 p. 125 e.v.), die zich hierin en in W P N R 4701 (Eggens-nummer) bij de facultatieve opvatting aansluit. Tevoren had Prakken p. 29 e.v. haar reeds aanvaard in het geval, dat ook de gronden voor curatele aanwezig zijn. Vgl. ook Ktg Utrecht 16 maart 1959, gepubliceerd in W P N R 4587.

noot niet uitgesloten is, indien dit later wenselijk mocht blijken om hem tevens het aangaan van schulden te beletten. Ter vermijding van competentiegeschillen zal het dan wel zeer raadzaam zijn de andere echtgenoot tot curator te benoemen.

Tenslotte kan de vraag gesteld worden of de bestuursopdracht van art. 165 nog mogelijk is als de bovenbedoelde provisioneel bewindvoerder, c.q. de bewindvoerder van art. 519, reeds is benoemd, c.q. als de curatele op grond van art. 487, 1° is uitgesproken en een curator is benoemd.

Naar ik meen, moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Weliswaar is het mogelijk hierbij onderscheid te maken tussen het geval, dat de andere echtgenoot zelf als bewindvoerder of curator fungeert en het geval, dat een derde als zodanig optreedt, doch ik zou voor beide gevallen in gelijke zin willen oordelen en art. 165 als uitgeschakeld beschouwen op grond van het feit, dat de betrokken echtgenoot hier via zijn rechtsvertegenwoordiger tot bestuur in staat is, zodat de door art. 165 bedoelde afwezigheid of onmogelijkheid in rechtskundige zin opgeheven moet worden geacht. Hiervoor pleit mede nog het feit, dat art. 165 slechts het horen of behoorlijk oproepen van de *door de echtgenoot aangestelde* vertegenwoordiger voorschrijft¹. Verdere steun vindt deze opvatting in de overweging, dat indien een derde tot wettelijk vertegenwoordiger is aangesteld en de echtgenoot derhalve hierbij werd gepasseerd, ongetwijfeld daarvoor gewichtige redenen aanwezig waren, terwijl indien de echtgenoot zelf werd aangesteld het stellig de bedoeling was hem aan beperkende bepalingen betreffende zijn bestuur te onderwerpen. In beide gevallen gaat het dan niet aan de getroffen regeling door toepassing van art. 165 haar kracht te ontnemen².

Slechts de andere echtgenoot kan het verzoek van art. 165 doen. De rechter beslist niet dan na verhoor of behoorlijke oproeping van beide echtgenoten, alsmede van een eventueel vertegenwoordiger, die door de niet-verzoekende echtgenoot is aangesteld. In bovengenoemd arrest besliste de Hoge Raad, dat het feit, dat laatstgenoemde echtgenoot buiten staat is om zijn wil te verklaren, geen beletsel vormt om het verzoek toe te wijzen, daar in het geval van afwezigheid dit zelfs regel zal zijn en ook dan de

¹ Als in de tekst: Ktr Amsterdam 21 april 1958, N J 1959 no 511 (voor het geval een derde de curatele uitoefent), Asser-Scholten-Wiarda p 1049/1050 en De Bruijn p 62 (voor de verhouding tussen curatele en art 165), terwijl laatstgenoemde in zijn annotatie van H R 23 sept 1960 en in W P N R 4701 (Eggensnummer) zijn oordeel mede uitstrekt tot de verhouding tussen provisioneel bewind en art. 165

² In deze zin terecht Asser-Scholten-Wiarda t a p ; enige bedenking zou men echter nog kunnen gevoelen voor het geval de echtgenoot als curator of bewindvoerder is aangesteld vóór 1 januari 1957, toen men de verdergaande regeling van art 165 nog niet kende Art 180 (oud) hield immers naar de heersende leer geen verlening van een algemene bevoegdheid, doch slechts een voorziening voor een bepaald geval, in

zaak aan het beleid van de rechter wordt overgelaten. Een voorbeeld van in de bestuursopdracht gestelde nadere regelen vindt men in de beschikking van de Rechtbank te Dordrecht van 11 december 1957 (N.J. 1958 no. 337), waarbij aan de vrouw werd opgedragen zich bij het bestuur van het vermogen van haar man door een accountant te doen bijstaan.

Wordt het verzoek toegewezen, dan moet de beschikking, om tegen derden te werken, in twee door de rechter aangewezen dagbladen worden bekend gemaakt en bovendien in het huwelijks-goederenregister, bedoeld in art. 207, worden ingeschreven. Tenslotte geeft de wetgever nogmaals blijk in deze gehele materie een zo soepel mogelijke regeling te wensen, als hij in het laatste lid bepaalt, dat een bestuursopdracht van art. 165 bij veranderde omstandigheden kan worden gewijzigd of opgeheven op gelijke wijze als zij is tot stand gekomen¹.

§ 8. Aansprakelijkheid voor bestuur (art. 166)

Wanneer de ene echtgenoot het bestuur van zijn goederen aan de andere echtgenoot overlaat of wanneer de rechter het bestuur van die goederen aan de andere echtgenoot heeft opgedragen, is laatstgenoemde als een lasthebber voor het door hem gevoerde bestuur aansprakelijk met inachtneming van de bijzondere verhoudingen tussen de echtgenoten en de aard van goederen, aldus verklaart art. 166.

Vooropgesteld zij, dat de hier uitgesproken aansprakelijkheid zich duidelijk beperkt tot het bestuur over goederen, die aan de echtgenoot buiten de gemeenschap toebehoren. Uit de tegenstelling tot de tekst van het voorgaande artikel is ongetwijfeld a contrario af te leiden, dat onder „zijn goederen” in geen geval mede mogen worden begrepen „gemeenschapsgoederen die onder zijn bestuur staan”. Een geheel andere vraag – die ik hier zou willen behandelen – is echter of voor het bestuur van gemeenschapsgoederen, waarover ex art. 177 de andere echtgenoot bestuursbevoegd is, in het geheel *geén* aansprakelijkheid bestaat. Naar ik meen, moet bij het antwoord op deze vraag gelet worden op de artt. 180 en 184, waarin de wet bijzondere rechtsmiddelen heeft gegeven die bij wanbeheer der gemeenschap kunnen worden aangewend. Dit duidt er m.i. op, dat *ex lege* geen schade-actie wegens slecht beheer van gemeenschapsgoederen bestaat. Het is dan echter de vraag of partijen zulk een aansprakelijkheid ex contractu kunnen scheppen. De wetshistorie verschaft hier enig licht. Art. 179c (lid 2) van het Nader Gewijzigd Ontwerp-Donker ontzegde uitdrukkelijk een vordering tot schadevergoeding wegens wan-

¹ Deze soepelheid betekent echter geenszins, dat de bestuursopdracht van rechtswege vervalt bij terugkeer van de afwezige of bij ophouden der onmogelijkheid, gelijk Asser-Scholten-Wiarda p. 172 leert. Dit zou grote rechtsonzekerheid scheppen. Ik acht een uitdrukkelijke intrekking bij kantonrechterlijke beschikking nodig.

beheer van gemeenschapsgoederen en bepaalde in zijn derde lid, dat van dit voorschrift niet kon worden afgeweken.

In het amendement-Oud van 9 december 1955¹ werden deze bepalingen weggelaten, hetgeen in de Lex Van Oven zonder motivering werd nagevolgd.

N.m.m. mag uit deze weglating worden afgeleid, dat het niet aan de echtgenoten verboden is de hier bedoelde aansprakelijkheid contractueel vast te leggen. Het wil mij echter voorkomen, dat zulk een aansprakelijkheid, indien zij als *algemene regel* in het huwelijk gelden zal, een aanvulling van het wettelijk huwelijksvermogensrecht betekent, die men slechts bij huwelijksvoorwaarden kan overeenkomen en waarop derhalve de artt. 194 e.v. toepassing vinden.

Daarnaast kunnen partijen ook voor een *bepaalde* voorgenomen handeling een contractuele regeling treffen; het is zeer gebruikelijk, dat de ene echtgenoot aan de andere last geeft een bepaalde bestuursdaad met betrekking tot gemeenschapsgoed namens hem te verrichten. Ik zie niet in, waarom dan niet de aansprakelijkheid der artt. 1837 e.v. zou gelden, indien partijen deze daarbij van toepassing verklaren². Nu partijen echter geen algemene regeling in abstracto betreffende deze aansprakelijkheid treffen, is er hier geen sprake van een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden.

Met het karakter der algehele gemeenschap van goederen is zulk een contractuele, algemene of bijzondere, aansprakelijkheid m.i. niet onverenigbaar, zeker niet, indien men aanneemt, dat de verplichting tot schadevergoeding aan de gemeenschap een privé-schuld van de schadeverplichtige echtgenoot is. Weliswaar is het dan noodzakelijk, dat men deze schuld onttrokken acht aan het beginsel van art. 176 lid 1, doch gelijk op grond van de regel van art. 175 lid 2 hoogst persoonlijke goederen onttrokken kunnen zijn aan het gemeenschapsvermogen, zo zijn er in uitzonderlijke gevallen ook schulden, die op grond van hun hoogst persoonlijke aard buiten het basis-voorschrift vallen³. In deze opvatting zal de vordering verhaalbaar zijn op vermogen, dat de schuldenaar buiten de gemeenschap mocht verwerven als ook op het vermogen, dat hem bij scheiding der ontbonden gemeenschap wordt toebedeeld; in dit laatste geval zal het de eenvoudigste oplossing zijn

¹ Wetsontwerp 1430 no 13, in welks toelichting de voorstellers opmerken: „Uit het ontbreken van een bepaling in het amendement, analoog aan die van de leden 2 en 3 van art. 179c N G O, mag niet worden afgeleid, dat het de bedoeling is om, in geval van wanbeheer, aan de andere echtgenoot een vordering tot schadevergoeding te geven”

² Dit uitdrukkelijk beding zou ik willen eisen, de bijzondere rechtsverhoudingen tussen echtgenoten brengen m.i. mede, dat zonder meer bij een enkele lastgeving betreffende gemeenschapsgoed nog geen aansprakelijkheid, als in de artt. 1837 e.v. omschreven, intreedt

³ Van Oven zelf heeft dit verdedigd voor de schadevergoeding wegens wanprestatie na inroeping van art. 177 lid 2, vgl. Van Ewijk-Polak p. 36 (3de Nota van Wijzigingen ad art. 177)

hem de vordering op zich zelf toe te scheiden bij wege van gedwongen schuldverrekening (art. 1132). In Hoofdstuk II Deel A § 4 zal ik voorts de opvatting verdedigen, dat de figuur der schuldvermenging niet belet te aanvaarden, dat echtgenoten vorderingen op elkander kunnen hebben, die zowel actief als passief in de gemeenschap vallen.

Bestaat er tussen echtgenoten krachtens huwelijksvoorwaarden slechts een beperkte gemeenschap, dan biedt het verhaal aanzienlijk minder moeilijkheden indien het privé-vermogen van de schadeplichtige echtgenoot toereikend is. Bij beperkte gemeenschappen denke men overigens nog aan het algemene systeem der vergoedingsrechten, dat uit zichzelf reeds medebrengt een verplichting tot vergoeding – *récompense* – van waarden, die aan de gemeenschap zijn onttrokken en aan een der privé-vermogens zijn ten goede gekomen. Is deze waardeverschuiving een gevolg van wanbeheer der gemeenschap door een echtgenoot, aan wie de bestuursbevoegde echtgenoot het bestuur had overgelaten, terwijl tussen hen een aansprakelijkheidsregeling bestond als bovenbedoeld, dan is er in beginsel dus sprake van samenloop van vergoedingsplichten.

Men zal in zulk geval echter moeten aannemen, dat de contractuele schadevergoedingsplicht de *récompense* overbodig maakt en terzijde stelt. De laatste is immers beperkter van omvang en zwakker van aard, gelijk uit het leerstuk der vergoedingsrechten blijkt.

Terugkerende naar de aansprakelijkheid voor het overgelaten of opgedragen bestuur van privé-goederen, valt op te merken, dat de wet hier met opzet de term „overlaten” heeft gebruikt. Zij zal ruim moeten worden opgevat en sluit, behalve het feitelijk en stilzwijgend toelaten dat de andere echtgenoot bestuur voert, mede in iedere overeenkomst krachtens welke zulks gebeurt, zo bij lastgeving, doch tevens de figuur der zaakwaarneming.

In al deze gevallen zal de wettelijke aansprakelijkheidsregeling van iedere genoemde figuur – en bij het feitelijk overlaten zelfs die van art. 1401 – terzijde gesteld zijn door de regeling van art. 166.

De ratio legis hiervan is, dat men tussen echtgenoten vrijwel steeds op grote bewijsmoeilijkheden zou stuiten, als aangetoond zou moeten worden wat de aard hunner afspraak was en mitsdien ook welke soort van aansprakelijkheid zou gelden.

Het voorschrift is van grote praktische waarde, waar de realiteit des levens toch bijna steeds vooralsnog deze zal zijn, dat de vrouw het bestuur over haar vermogen aan de man overlaat, hetgeen haar zonder uitdrukkelijk beding en als het voorschrift niet zou bestaan, waarschijnlijk in een slechtere positie zou plaatsen dan haar in het vroegere recht door de bepaling van art. 160 lid 4 (oud) werd verschaft¹.

¹ Aldus ook Asser-Scholten-Wiarda p. 173.

Men kan zich tenslotte afvragen of art. 166 bij huwelijksvoorwaarden zou kunnen worden uitgesloten of vervangen door een afwijkende contractuele regeling. Noch het een, noch het ander lijkt mij toegelaten.

De bepaling staat immers in de 6de Titel, waarvan, voorzover niet uitdrukkelijk anders blijkt, de inhoud van dwingend recht is¹. Dit neemt niet weg, dat niets de betrokken echtgenoot verplicht de ander op grond van art. 166 aan te spreken; zijn rechten staan immers te zijner eigen vrije beschikking. Strijd met art. 1715 zie ik daarbij niet; er is dan misschien wel liberaliteit, doch deze bestaat slechts uit een nalaten.

Valt het beginsel van art. 166 dus n.m.m. toe te juichen, bezwaren gevoel ik tegen de toevoegingen in het slot der bepaling. Bij de vaststelling der aansprakelijkheid gebiedt de wet immers rekening te houden met „de bijzondere verhoudingen tussen de echtgenoten en de aard van de goederen”. Wel is het voordeel dezer toevoegingen, dat in de toepassing van de norm der lastgeving enige bewegingsvrijheid wordt aangebracht, doch daartegenover staat het nadeel van de vaagheid der omschrijving. Naast de norm heeft de wetgever hiermede als tweede regel de modificatie van de norm voorgeschreven. Deze modificatie leek mij nu meer dan voldoende aangeduid met te verwijzen naar de bijzondere verhoudingen tussen de echtgenoten. Wat echter de zin en waarde kan zijn van de nog daaraan verbonden verwijzing naar de aard der goederen, ontgaat mij. Zij vormt m.i. een overbodige complicatie.

§ 9. Derdenbescherming (art. 167)

Het voornaamste doel der herziening van 1956 was de verbetering van de vermogensrechtelijke positie van de gehuwde vrouw. Niet slechts de opheffing van haar handelingsonbekwaamheid, doch tevens een verdeling van de bestuursmacht over de goederen der gemeenschap volgens het voorschrift van art. 177, waren daartoe de middelen. Dit alles had echter een keerzijde; een derde, die met een der echtgenoten een rechtshandeling wil aangaan, die als bestuursdaad over een tot de gemeenschap of tot het privé-vermogen van een hunner behorende zaak moet worden opgevat, dient te onderzoeken en te beslissen wie van beiden bestuursbevoegd is. Vóór 1 januari 1957 was dit voor hem belangrijk eenvoudiger, daar toen de man naast zijn eigen vermogen ook alleen de gemeenschap bestuurde, bovendien – behoudens andersluidend beding in de huwelijksvoorwaarden – het privé-vermogen van de vrouw beheerde en zelfs over de daartoe behorende roeren-

¹ Vgl. de mondelinge toelichting van minister Van Oven blijkens de Handelingen der 2de Kamer p. 2724; Van Ewijk-Polak p. 24. Anders: Asser-Scholten-Wiarda p. 172 en 259. Vgl. ook De Bruijn p. 395, die echter geen standpunt in deze inneemt. Wel geoorloofd is het echter m.i. – bij huwelijksvoorwaarden – de wettelijke norm nader te preciseren door een periodieke rekening en verantwoording overeen te komen. Vgl. Polak p. 43.

de zaken beschikte¹, terwijl bij beschikkingshandelingen over onroerende zaken, behorende tot dit privé-vermogen, de vrouw wegens haar onbekwaamheid nog zijn bijstand of machtiging behoeft. Thans dient de derde te onderzoeken door wie der echtgenoten de zaak, waarop hij enig recht wenst te verkrijgen, is verworven. Of zij aan de verkrijger in privé toebehoort dan wel in de gemeenschap is gevallen, is daarbij weliswaar, dank zij het systeem van art. 177, in beginsel onverschillig, doch de vraag der eigendomsverkrijging zal op zich vaak reeds dubia genoeg bieden, waarbij nog te bedenken valt, dat bestuursovereenkomsten – of een bestuursopdracht van art. 165 – de uit de eigendomsverkrijging getrokken conclusie weer kunnen doorkruisen. Met betrekking tot op naam staande zaken heeft de wetgever echter buiten de artt. 164b en 177 lid 2 geen speciale bescherming van derden nodig geacht. Wat betreft niet op naam staande roerende lichamelijke zaken en toonderrechten zou evenwel in het nieuwe stelsel grote rechtsonzekerheid worden geschapen. De hierbij meest voorkomende wijze van eigendomsverkrijging is de levering, die tot stand komt door bezitsverschaffing, terwijl het bezit dezer zaken tussen echtgenoten doorgaans allerm minst duidelijk is. Dientengevolge zou ook hier het onderzoek naar de bestuursbevoegdheid voor de derde een hachelijke zaak zijn.

De wetgever heeft hiervoor begrip getoond en komt aan de derde tegemoet door te verklaren, dat indien aan hem niet kenbaar is wie van de echtgenoten bij een zodanige zaak bestuursbevoegd is, hij de echtgenoot, die deze zaak onder zich heeft, voor bevoegd mag houden.

Alvorens de mérites van dit voorschrift te bespreken, zij een opmerking vooraf gemaakt over zijn geldingsterrein. De wet spreekt over een „roerende zaak of een recht aan toonder”; naar de vigerende terminologie van het Wetboek van 1838 is dit verwonderlijk, daar nog steeds naar luid van art. 555 onder „zaak” zowel lichamelijke als onlichamelijke zaken moeten worden begrepen. Naar de letter der bepaling zou zij dus, behalve op stoffelijke goederen, toepasselijk zijn op roerende naamrechten; dit kan echter niet de bedoeling zijn, daar men aansluiting heeft willen zoeken aan art. 2014, dat slechts betrekking heeft op niet ten name staande zaken. Een verklaring voor deze inelegantia juris is evenwel gemakkelijk te geven.

Art. 167 is nl. ontleend aan het Ontwerp-Meijers art. 1.6.7. Dit Ontwerp nu gaat in zijn terminologie van een systeem uit, dat omgekeerd is aan dat van het Wetboek van 1838. Art. 3.1.1.8 van het Ontwerp verstaat onder „goederen” alle zaken en alle vermogensrechten, terwijl art. 3.1.1.1 het begrip „zaken” omschrijft als „stoffelijke voorwerpen, die voor bezit vatbaar zijn”.

Hieruit valt met zekerheid te concluderen, dat onder „zaak” in art. 167 slechts stoffelijke voorwerpen te begrijpen zijn. Op deze

¹ Althans in de heersende opvatting omtrent art. 160 lid 5 (oud).

wijze krijgt men een redelijk en sluitend systeem; de uitdrukkelijke uitzondering die het Ontwerp-Meijers in art. 1.6.7 maakte voor in openbare registers teboekgestelde schepen, die in de terminologie van dit Ontwerp onder registergoederen vallen (art. 3.1.1.10), is eenvoudigheidshalve geschrapt¹. Door de teboekstelling is er immers kenbaarheid van bevoegdheid, zodat het vermoeden niet geldt. De bedoeling van de bepaling is een aanvulling te geven op het voorschrift van art. 2014. De onbevoegdheid van de vervreemder wordt daarin – mits aan de overige eisen der eigendomsverkrijging is voldaan – voor gedekt gehouden, indien het bezit van de verkrijger aan bepaalde eisen voldoet. Van één dezer eisen – die der goede trouw – geeft art. 167 nu een nadere concretisering; is aan de verkrijger de bestuursbevoegdheid der echtgenoten niet kenbaar, dan mag hij afgaan op de uiterlijke schijn der feitelijke macht, waaraan door de wetgever legitimerende kracht wordt toegekend. Het „onder zich hebben” moet hier dan ook niet worden verstaan als het burgerlijk bezit van artt. 585 e.v., doch als het ruimere begrip van feitelijk bezit, waaronder het blote houden mede moet worden begrepen². De bepaling is immers in het belang van het rechtsverkeer geschreven; daarin mag niet worden verlangd, dat een derde, die met een der echtgenoten een transactie wenst aan te gaan, een diepgaand onderzoek instelt naar hun onderlinge bestuurverhoudingen, indien hij deze niet, gelijk bij naamrechten, op eenvoudige wijze kan vaststellen.

Gelet dient echter te worden op het niet „kenbaar” zijn der bevoegdheid. De tegenstelling „kenbaarheid” tegenover „bekendheid” is duidelijk: de dwaling moet verschoonbaar zijn. Een zekere mate van oplettendheid en zorg mag van de derde worden geëist. Dit betekent met name, dat een derde, die een transactie met een der echtgenoten wil aangaan, welke inboedelgoederen in de zin van art. 164a sub a betreft, wel door het bepaalde in art. 167 verschoonbaar in de bestuursmacht op zich over de zaak mag dwalen, doch zich daarbij zal moeten realiseren, dat de toestemming van de andere echtgenoot tot de transactie zal zijn vereist³.

Onder de zaken, waarop het voorschrift toepassing vindt, is ook geld te begrijpen. Dit is zeer belangrijk o.m. voor banken en levensverzekeringsmaatschappijen, die thans beschermd worden als zij van één der echtgenoten betalingen accepteren, hoezeer ook mocht blijken, dat hun cliënt beschikte over contanten, die onder bestuur van de andere echtgenoot stonden. Ten onrechte was o.a. inde kringen der levensverzekeringmaatschappijen tijdens de tot standkoming der Lex Van Oven hieromtrent ongerustheid ontstaan⁴.

¹ Vgl. Van Ewijk-Polak p. 29

² Aldus Minister Van Oven blijkens de Handelingen II p. 2737; Van Ewijk-Polak p. 29

³ Terecht merkt De Bruijn p. 65 op, dat bij verkoop van een zaak behorende tot de inboedel, die buiten de woning plaats vindt, de derde de toepasselijkheid van art. 164a vaak niet zal kunnen vermoeden

⁴ Vgl. Polak p. 19/20

Toch dient men de kracht der bepaling niet te overdrijven. Biedt A effecten aan een bank ten verkoop aan, die echter onder bestuur van diens echtgenote B staan, daar deze haar bij scheiding zijn toebedeeld, hetgeen aan de bank bekend was, dan lijkt mij deze situatie voldoende grond op te leveren om van de bank te verlangen de opdracht niet zonder nader onderzoek te accepteren. Laat zij dit onderzoek achterwege, dan ontbreekt, naar het mij voorkomt, de legitimerende kracht van het houderschap, nu er i.c. voldoende kenbaarheid van het tegendeel was¹.

§ 10. Overeenkomsten tussen echtgenoten

Tussen echtgenoten zijn bepaalde overeenkomsten verboden c.q. nietig: schenking (art. 1715), koop en verkoop (art. 1503), ruil (art. 1582 juncto art. 1503) en arbeidscontract (art. 1637i).

Zoals wij hierna zullen zien, is de wetgever tot deze bepalingen gekomen op grond van onderscheiden motieven.

Vooraf dient echter de vraag te worden gesteld of zij incidentele voorschriften en derhalve uitzonderingen op een algemene regel zijn, dan wel of zij moeten worden geïnterpreteerd als symptomatische uitingen van de wil van de wetgever tussen echtgenoten alle vermogensrechtelijke overeenkomsten te verbieden.

Het antwoord op deze vraag moet zonder twijfel in eerstgemelde zin luiden; hoewel immers het merendeel dezer bepalingen, naar de heersende opvatting, technisch-juridisch slechts te verstaan is als een bedreiging der handeling met een beroep op haar relatieve nietigheid, mag in materiële zin hun geheel m.i. toch gezien worden als een samenstel van inbreuken op het algemene beginsel der contracteer-vrijheid. Doch ook gezien naar hun technisch-juridische betekenis mogen, volgens de algemene beginselen der nulliteitenleer, de door de wetgever geschapen gevallen van aantastbaarheid niet buiten hun grenzen worden uitgebreid.

Naar ik meen, heeft de herziening van het huwelijksvermogenrecht deze visie slechts kunnen versterken; het is wel niet het primaire doel dezer herziening – de opheffing van de handelingsonbekwaamheid der gehuwde vrouw –, dat tot deze conclusie leidt, doch m.i. zijn het veeleer de haar begeleidende verschijnselen die dit doen en wel met name de verzwakking der vermogensrechtelijke banden tussen de echtgenoten in het algemeen. Door de hervorming, belichaamd in de Lex Van Oven, nemen zij vermogensrechtelijk een veel onafhankelijker positie jegens elkander in. De vrouw wordt niet meer gezien als een tegen de man te beschermen zwakkere partij. Dit versterkt de stelling, dat de con-

¹ Ten onrechte m.i. oordeelde minister Van Oven, aan wie dit voorbeeld is ontleend (Handelingen II p. 2727), hier anders met de motivering, dat een andere bankemployé dan degene, die van de boedelscheiding kennis droeg, de opdracht kan uitvoeren en dat het bovendien practisch zeer weinig zal voorkomen, dat men zich de boedelscheiding nog herinnert. Wordt dan de wetenschap van de eerste employé niet aan de bank toegerekend?

tractsvrijheid in beginsel ook tussen hen moet gelden¹. Hierop bestaan slechts de uit de wet rechtstreeks voortvloeiende uitzonderingen. Er zijn echter nog andere belemmeringen dan die, gelegen in de hierboven genoemde bepalingen. Men kan m.i. alle beperkingen als volgt samenvatten:

- I. de bepalingen, waarbij met name genoemde overeenkomsten – behoudens in de wet erkende uitzonderingen – worden verboden c.q. met een vorm van nietigheid worden bedreigd (de artt. 1715, 1503, 1582 en 1637i);
- II. het voorschrift, dat huwelijksvoorwaarden staande huwelijk slechts gemaakt of gewijzigd kunnen worden met inachtneming der artt. 201 en 204, zodat men zich zal moeten afvragen of een buiten de onder I genoemde overeenkomsten vallende rechtshandeling niet als overeenkomst van huwelijksvoorwaarden moet worden beschouwd;
- III. de bepaling van art. 1655, dat men bij de oprichting van een maatschap iets in gemeenschap moet brengen, waarbij de vraag zal rijzen in hoeverre echtgenoten, die met elkander een maat- of vennootschap oprichten, hieraan kunnen voldoen.

Ad I

Het schenkingsverbod (art. 1715)

Dit verbod kan op een eerbiedwaardige bestaansduur bogen: het is waarschijnlijk reeds afkomstig uit de huwelijkswetgeving van keizer Augustus. De beweegreden van de Romeinse wetgever is vermoedelijk wel het inzicht geweest, dat ten gevolge der innige betrekking tussen de echtgenoten gevreesd zou moeten worden, dat de een op de ander ongeoorloofde invloed zou kunnen uitoefenen om vermogensvoordelen te behalen². Na de receptie van het schenkingsverbod in onze landen, zijn er echter – evenals in Frankrijk – voor het verbod motieven van onderscheiden aard aangevoerd³. Naast de vrees voor benadeling der echtgenoten zelf, zag men gevaren van benadeling der kinderen, doch vooral ook van derden. Niet geheel ten onrechte werd voorts het verbod in verband gebracht met het tot de Lex Van Oven gegolden hebbende absolute onveranderlijkheidsbeginsel in het huwelijksvermogensrecht. Om het ontbreken van dit verband aan te tonen is het m.i. niet geheel juist te stellen, dat de herziening van 1956 het onveranderlijkheidsprincipe afschafte (art. 204), terwijl het schenkingsverbod toch werd gehandhaafd. De afschaffing der onveranderlijkheid is slechts betrekkelijk. De mogelijkheid tot verandering is immers aan strenge banden gelegd (art. 204), terwijl bij

¹ Aldus ook reeds H.R. 12 april 1912, W. 9354 en H.R. 15 april 1920, W. 10596. Vgl. ook de Bruijn p. 114/115.

² Vgl. Ulpianus in D. 24.1.1. („...mutuo amore invicem spoliarentur...”).

³ Vgl. hieromtrent De Bruijn p. 98 e.v., Wilms „Over schenkingen tusschen echtgenooten in het Romeinsche recht” (Gent 1934) en Klein „Schenken tusschen echtgenoten” (prae-advies Broederschap Cand. Notarissen 1962) p. 37 t/m 67.

ontbreken van een schenkingsverbod weliswaar op zich geen *juridische* verandering van régime plaats kan vinden, doch wel een *feitelijke* wijziging kan worden volvoerd, doordat men nl. via schenkingen vanuit de gemeenschap privé-vermogen opbouwt, indien men althans aanvaardt, dat de mogelijkheid van art. 175 eerste lid (slot) ook voor echtgenoten geldt, hetgeen mij overigens onjuist voorkomt. Over dit laatste zal worden gehandeld in Hoofdstuk II deel A § 3.

De voornaamste rechtsgrond van het voorschrift lijkt mij echter nog steeds te zijn de vrees, dat de ene echtgenoot door ongehoorlijke beïnvloeding van de ander zou trachten ten koste van deze laatste vermogensvoordelen te behalen. Het gevaar voor benadeling van crediteuren kan daarnaast slechts een geringe rol spelen, daar de Pauliana-voorschriften hiertegen een afdoende bescherming bieden. In stelsels, die een krachtige bescherming van de legitieme portie der kinderen kennen, spreekt voorts de vrees voor benadeling van laatstgenoemden niet meer¹.

Vanuit deze ratio legis kunnen zowel het hier gestelde schenkingsbegrip als de rechtsvolgen van het verbod nader worden bepaald. De term „schenking” zal hier ruim moeten worden geïnterpreteerd; niet enkel het formele schenkingsgebeuren van art. 1703 dient te worden bestreden, doch ongetwijfeld iedere bevoordeling uit vrijgevigheid, die een verrijking van de ene echtgenoot en een verarming van de andere inhoudt. Ook de bevoordeling via een derdenbeding is hieronder te begrijpen, zodat ook de levensverzekering, die een gehuwd man op zijn leven afsluit en waarbij hij zijn echtgenote als begunstigde aanwijst, in beginsel onder het schenkingsverbod valt. Volgens de thans heersende rechtsovertuiging zal echter, nu doorgaans met zodanige verzekering geen ander doel wordt beoogd dan het bieden ener redelijke verzorging van de andere echtgenoot, terecht geoordeeld moeten worden, dat hier van schenking geen sprake is, doch veeleer van het voldoen aan een dringende verplichting van moraal en fatsoen, derhalve aan een natuurlijke verbintenis². Zo luidt dan de zowel rechtswetenschappelijk als maatschappelijk gelukkige conclusie, dat art. 1715 op deze levensverzekering geen toepassing vindt. Voor het uitzonderlijke geval, dat art. 1715 in beginsel toch op een levensverzekering toepassing vindt, zou ik echter onderscheid willen maken tussen herroepelijke en onherroepelijke aanwijzing

¹ Klein t a p 53/54 stelt, dat de wethistorische ratio „thans niet meer op de rechtsovertuiging van ons volk” steunt. Daargelaten welke waarde men aan de volksovertuiging hier mag toekennen, acht ik deze ratio niet onverenigbaar met een geavanceerd stelsel van huwelijksgoederenrecht als het onze. De door Klein daaruit getrokken conclusies acht ik dan ook ongegrond.

² Aldus het bekende arrest De Visser-Harms, H R 30 nov 1945, N J 1964 no 62. Vgl. verder hierover o a. Kuyk en Veegens „De natuurlijke verbintenis en haar ontwikkeling in de praktijk”, prae-advies Broederschap der Notarissen 1947, Van Oven in W P N R 4151-4153 („Na vijf jaar De Visser-Harms”); Westbroek „Problemen van Levensverzekering”, prae-advies Broederschap Cand. Notarissen 1959 p 79.

van de begunstigde¹. In het eerste geval ontstaat staande huwelijk voor de begunstigde echtgenoot nog geen enkel recht. Uit de wets-historische ratio volgt, dat het verbod zich slechts richt tegen *werkelijk* verkregen voordelen. Hij, die ook de herroepelijke aanwijzing onder het verbod wil brengen, breidt art. 1715 uit tot buiten zijn doel. Het feit, dat deze leer de consequentie niet aandurft dan ook testamentaire bevoordeling onder het verbod te brengen, veroordeelt haar m.i..

Uit de rechtsgrond der bepaling kan verder worden afgeleid, dat het niet noodzakelijk is aan het verbod een absolute werking toe te kennen, doch dat het voldoende is het aldus op te vatten, dat slechts de schenker de nietigheid der bevoordeling kan inroepen zonder een rechtsvordering tot vernietiging te moeten instellen. Ik concludeer derhalve tot deze relatieve nietigheid². Door hierop een beroep te doen, komt de bevoordeling te vervallen; dit beduidt bij de aantasting van een bevoordeling, die tevens een formele schenking was in de zin van art. 1703, de terugkeer van het afgestane goed. Een kwijtschelding of de afstand van een zakelijk recht zullen geacht worden niet te zijn geschied. Bij een bevoordeling echter, die opgesloten is in een handeling, die op zich geen liberaliteit vormt, is het de verschoven waarde, die moet worden gerestitueerd; de rechtshandeling zelf, waarin de waardeverschuiving was verborgen, zal echter i.h.a. in stand blijven. Zo zal bij verhuring tegen te lage prijs de handeling zelf onaangestast blijven, doch een vordering tegen de bevoordeelde partij ontstaan ten bedrage van het in de handeling opgesloten voordeel; dit bedrag dient men te bepalen op de waarde van het voordeel ten tijde der handeling. Anders zou ik echter oordelen, indien de huur door de huurder werd gesloten omwille van de daarin opgesloten liberaliteit en hij tegen een normale huurprijs niet gehuurd zou hebben. Tast de echtgenoot-verhuurder nu de bevoordeling aan, dan dienen *beide* partijen de ontvangen prestaties te restitueren³. De werkelijke strekking der handeling bepaalt het resultaat.

De wet kent thans op het schenkingsverbod een tweetal uitzonderingen. Vooreerst laat het tweede lid geschenken of handgiften van roerende lichamelijke voorwerpen toe, mits de waarde daarvan niet bovenmatig is gezien de gegoedheid van de schenker. De wetgever sanctioneert hier nadrukkelijk de werkelijkheid van

¹ Anders: Van den Dries in W.P.N.R. 2278, Bregstein in zijn antwoord op de door schrijver dezes gestelde Rechtsvraag I in W.P.N.R. 4335 en Klein t.a.p. p. 46/48; als in de tekst o.a.: De Bruijn p. 103 e.v., p. 210 en in W.P.N.R. 3859-3860 en Suijling VII no. 247. Voor verdere literatuur over dit onderwerp zij verwezen naar de opsomming bij Asser-Kamphuisen p. 573 en Klein t.a.p.

² Aldus ook De Bruijn p. 109 en Asser-Kamphuisen p. 573, vgl. ook o.a. Hamaker in W.N.R. 1333 - die ten onrechte het beroep op de relatieve nietigheid beperkte tot de levensduur van de schenker - en Klein t.a.p. p. 53.

³ Vgl. de rechtsoverwegingen van het arrest van het Hof 's Hertogenbosch d.d. 10 okt. 1961, N.J. 1962 no. 325.

het leven, die overigens niet anders zou zijn als deze uitzondering niet bestond. Naar de letter der wet zijn hier m.i. slechts formele schenkingen van deze voorwerpen toegelaten, doch geen andere materiële bevoordelingen, ook al is hun omvang gering¹.

Op de tweede plaats heeft de Lex Van Oven een uitzondering gebracht: door de wijziging van art. 223 zijn thans staande huwelijk schenkingen tussen echtgenoten mogelijk bij huwelijksvoorwaarden en dit zowel van tegenwoordige en bij de akte bepaaldelijk omschreven goederen als van de gehele of gedeeltelijke nalatenschap van de schenker (art. 224). De uitzondering is slechts aanwezig bij de schenkingen in eerstgemelde zin, daar de schenkingen van de tweede soort erfrechtelijke makingen zijn, zij het, dat zij een uitzonderlijk – immers onherroepelijk – karakter dragen.

Andere uitzonderingen zijn er niet; met name kan het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk op zich geen uitzondering op art. 1715 zijn; de overgang staande huwelijk op enige vorm van tevoren uitgesloten gemeenschap niet, omdat men de uitwerking dezer gemeenschap bij het aangaan ervan nog niet peilen kan en het omgekeerde evenmin, omdat de bevoordeling hier slechts door een ongelijke verdeling der ontbonden gemeenschap kan worden geëffectueerd en deze soort van bevoordeling op zich zelf niet door art. 223 wordt toegelaten².

Nietigheid van koop en ruil (artt. 1503 en 1582)

Ook van deze regels zijn de motieven van de wetgever historisch moeilijk te bepalen. Naar geldend recht ziet men echter de grond dezer voorschriften gewoonlijk in het verlangen op eenvoudige wijze ontdoiking van het schenkingsverbod te bestrijden. Een belangrijker rol dan bij het schenkingsverbod zou daarnaast de vrees voor benadeling van de rechten van crediteuren hier kunnen spelen, daar de bewijsvoering der actio Pauliana (art. 1377) bij een handeling onder bezwarende titel moeilijker is. Het doel de echtgenoten tegen elkander te beschermen prevaleert ook hier echter m.i.; de koopovereenkomst veronderstelt een zakelijke sfeer, die men tussen echtgenoten i.h.a. afwezig moet achten. Mede terwille van de eenheid van systeem concludeer ik daarom ook hier, – in overeenstemming met de heersende leer, – dat uit de tekst slechts een relatieve nietigheid mag worden afgeleid. Het is echter de vraag wie deze kan inroepen; gewoonlijk wordt geleerd, dat het beroep slechts toekomt aan de echtgenoot, die door de

¹ De Bruijn p. 110 acht het laten behouden door de vrouw van, door de man verstrekt, overschietend huishoudgeld gedekt door art. 1715 lid 2; m.i. is dit echter een kwijtschelding, die – formalistisch bezien – niet onder de uitzondering valt. Ik ben mij bewust van de geringe praktische waarde dezer stelling. Rb. Maastricht 13 april 1899, W. 7321 zag hierin een overtreding van art. 1715; anders: Hof 's-Gravenhage 4 dec. 1941, N.J. 1942 no. 179.

² Over de hier bedoelde problemen zal in Hoofdstuk III deel B § 1 worden gesproken.

koop werd benadeeld, omdat hij te goedkoop verkocht of te duur kocht¹. Naar ik meen, gaat men aldus van een onjuiste gedachte uit; wil een echtgenoot dan immers het beroep op de nietigheid doen, dan zou toch van hem bewijs van benadeling moeten worden verlangd. Bovendien zou vaak een dubblure met art. 1715 ontstaan, waar communis opinio wordt aangenomen, dat verkoop tegen te lage of te hoge prijs met bevoordelingsbedoeling onder het schenkingsverbod valt. Het wil mij daarom voorkomen, dat de verbodsbepalingen van koop en ruil slechts dan een nuttige aanvulling op art. 1715 vormen, als wij aanvaarden, dat iedere koop- of ruilvereenkomst staande huwelijk tussen echtgenoten gesloten, ook al zou tussen de prestaties een economisch evenwicht bestaan, relatief nietig is en beide echtgenoten zich op deze nietigheid kunnen beroepen, zonder tot enig bewijs van voor- of nadeel gehouden te zijn.

Het verbod van art. 1503 behoort in het internationaal privaatrecht tot de sfeer van het personeel statuut. Het is daarom niet van kracht voor echtgenoten, wier huwelijksvermogensrecht wordt geregeerd door een buitenlandse wet².

Na het stellen van de hoofdregel doet de wet het voorkomen alsof zij vervolgens een drietal uitzonderingen toelaat. Het is echter duidelijk, dat het daarbij niet om koopovereenkomsten, doch om overeenkomsten van inbetalinggeving (artt. 1425 en 1886) gaat, die krachtens het hierboven aanvaarde beginsel der contractsvrijheid ook geoorloofd zouden zijn geweest als de wetgever zulks niet expressis verbis zou hebben bepaald.

De wettelijke terminologie is hier overigens verre van onberispelijk, terwijl bij de herziening van 1956 verzuimd is hierin enige orde te scheppen. Zo dient onder het „gerechtelijk gescheiden zijn” (sub 1) thans te worden verstaan de scheiding van tafel en bed of de opheffing der gemeenschap krachtens rechterlijk vonnis (art. 180)³, terwijl allerm minst duidelijk is wat onder „enige wettige oorzaak” (sub 2) moet worden verstaan. Het wil mij voorkomen, dat hiermede bedoeld wordt op iedere krachtens wet of overeenkomst bestaande schuld van de man aan de vrouw⁴.

De slotwoorden der tweede en derde „uitzondering” zijn trouwens volslagen overbodig, daar het hier uiteraard slechts kan gaan om privé-vermogen. Opvallend is voorts, dat sub 2 een enuntiatieve opsomming wordt gegeven – blijkens de woorden „als daar

¹ Aldus H R. 8 juni 1932, P W 13240, Land-Star Busmann p 33, De Bruijn in R M Thémis 1948 (p 357) en op p 112 Absolute nietigheid wordt aangenomen door Asser-Kamphuisen p 44 en de daar vermelde schrijvers en lagere jurisprudentie. Door sommigen, die relatieve nietigheid aanvaarden, wordt geleerd, dat het beroep hierop mede toekomt aan benadeelde crediteuren, m i ten onrechte, daar op deze wijze een species der Actio Pauliana ontstaat, die in de wet geen grondslag vindt en waarbij vragen van bewijslast en bescherming van derden in het onzekere blijven.

² Aldus H R. 17 mei 1929, N J 1929 p 1279, W 12006.

³ Abusevelijk spreekt De Bruijn p 113 nog van de „scheiding van goederen”.

⁴ Vgl. hieromtrent Asser-Kamphuisen p 45.

is —, terwijl sub 3 slechts een bijzonder geval wordt genoemd. Het gehele voorschrift ademt kennelijk nog geheel de sfeer van het oude recht waar (sub 2) de wet duidelijk het oog heeft op de beheersvordering, die aan de vrouw ex art. 160 lid 4 (oud) toekwam, terwijl de wetgever ons zelfs (sub 3) nog naar de Code (art. 1540 C.C.) terugvoert, waarin alleen de vrouw aan de man een „dos” kon schenken.

Dit alles moge ons echter niet misleiden; tussen de echtgenoten kunnen buiten de gemeenschap uit velerlei oorzaken schuld- en inschuldverhoudingen bestaan. Deze kunnen steeds worden gedelgd door betaling of inbetalinggeving, onverschillig welke echtgenoot deze verricht¹.

Ook de woorden van het tweede lid der bepaling zijn overbodig en raadselachtig. Hebben de echtgenoten de inbetalinggeving aangewend om aan een hunner een „zijdelijks voordeel” toe te spelen, dan geldt immers het voorschrift van art. 1715; het recht zich op de nietigheid te beroepen gaat ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling op de erfgenamen over. Als herinnering aan de rechten van legitimarissen zijn de woorden daarom evenzeer zonder zin².

Al hetgeen hierboven is gezegd omtrent de relatieve nietigheid ener koopovereenkomst tussen echtgenoten, geldt door het voorschrift van art. 1582 mutatis mutandis tevens voor een overeenkomst van ruiling tussen hen.

Nietigheid ener arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten (art. 1637i)

Als motief voor de invoering van het voorschrift deelde de Memorie van Toelichting bij de herziening van het arbeidsovereenkomstenrecht in 1907³ mede, dat men de aan een arbeidscontract inherente gezagsverhouding onverenigbaar achtte met de gelijkheid, die tussen echtgenoten bestaat. Deze aanvaarding van gelijkheid moge ons heden begrijpelijk in de oren klinken, in het licht van het toen bestaande art. 161 (oud) was dit zonder twijfel een progressieve uitspraak. Daarnaast kan men in de bepaling een verlengstuk van het schenkingsverbod zien. Weliswaar wordt door de ruime uitleg van het schenkingsbegrip in art. 1715 iedere — hoe ook vermomde — bevoordeling getroffen, doch dit zou op zich nog niet tot nietigheid van de arbeidsovereenkomst zelf leiden, immers in beginsel slechts tot teruggaaf van de daarin verborgen waardeverschuiving verplichten.

Evenals bij koop en ruil heeft men echter iedere discussie over

¹ Waarom dan desondanks de derde „uitzondering” eng moet worden uitgelegd, gelijk De Bruijn p. 113 en Asser-Kamphuisen p. 45 menen, is mij niet duidelijk. Vgl. nog Asser-Kamphuisen t.a.p., die van mening is, dat men in het tweede geval eventueel met een echte koop kan hebben te doen.

² Aldus ook Asser-Kamphuisen p. 46, Van Brakel p. 376 e.v. en De Bruijn p. 113/114.

³ Wet van 13 juli 1907 (S. 193).

de vraag der bevoordeling willen afsnijden en de overeenkomst zelf in zijn geheel willen treffen. Op grond van de eerstgenoemde ratio legis wijkt de hier te lande heersende leer evenwel af van de voor art. 1503 aanvaarde uitleg van relatieve nietigheid. Men aanvaardt hier absolute nietigheid, omdat een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten strijden zou tegen een fundamenteel beginsel van algemeen huwelijksrecht, nl. tegen de gelijkheid der echtgenoten¹.

Ik zou echter aan de juistheid dezer opvatting twijfel willen uiten. Het beginsel van gelijkheid is een algemeen-menselijk aspect (art. 2 B.W.), doch behoeft in concreto – ook tussen echtgenoten – nog geen gezagsverhouding in een arbeidsovereenkomst uit te sluiten. De figuur van de gehuwde vrouw, die werkzaam is in de onderneming van haar man, is een toenemend maatschappelijk verschijnsel. Het thans aanhangige Ontwerp van Wet op de Inkomstenbelasting 1960 getuigt hiervan in art. 45. Niet ondenkbaar is ook het geval, dat een gehuwde vrouw in dienstbetrekking staat tot een naamloze vennootschap, waarvan haar echtgenoot enig directeur-aandeelhouder is. Deze verhouding ontsnapt aan de werking van art. 1637i, daar ik veronderstel, dat de heersende leer een analogische toepassing van het voorschrift hierop niet zal aandurven. Toch is hier re vera geen verschil met het geval, dat de gehuwde vrouw werkzaam is in de eenmanszaak van haar echtgenoot.

Naar ik meen, doet men de wet geen geweld aan door ook in art. 1637i een relatieve nietigheid te lezen, in te roepen door *beide* echtgenoten. Aldus is een werkelijke aansluiting aan art. 1715 en een systematische eenheid met de uitleg van art. 1503 gevonden. Bovendien dient men het beginsel der persoonlijke vrijheid door beiden de gelegenheid te geven zich van de gescheiden gezagsverhouding te bevrijden. Wie deze verhouding echter niet voelt als een knellende band, begeve zich zonder bezwaar in een arbeidsovereenkomst met zijn echtgenoot. De realiteit van het leven toont aan, dat aldus geen grondbeginsel van huwelijksrecht wordt geschonden.

Tenslotte dient hier de aandacht gevestigd te worden op het bepaalde in art. 1637c eerste lid, dat bij een gemengde overeenkomst, die zowel de kenmerken van een arbeidsovereenkomst als van enig andere overeenkomst bevat, zowel de voor de eerste als de voor de tweede geldende wetsbepalingen toepasselijk verklaart met dien verstande, dat bij strijd tussen beide soorten van bepalingen, die betreffende de arbeidsovereenkomst prevaleren. Deze bepaling, alsmede die van het tweede lid van het artikel betreffende opeenvolgende aannemingen van werk, maakt dat de

¹ Aldus Asser-Kamphuisen p. 359 en De Bruijn p. 114. Vgl. nog Rb. Amsterdam 2 jan. 1928, N.J. 1928 p. 1312, de bepaling mede toepassende op een arbeidscontract tussen een vennootschap onder firma, die als werkgeefster optrad van een vrouw, wier echtgenoot één der firmanten was.

echtgenoten de mogelijkheden van het dwingende voorschrift van art. 1637ⁱ niet kunnen ontgaan door de arbeidsovereenkomst te verbinden met een andere overeenkomst of door haar te verhullen in een serie aannemingscontracten.

Ad II

Er heerst tot op heden nog geen eenstemmigheid in de rechtsliteratuur over het probleem, wat de inhoud is van het begrip huwelijksvoorwaarden. Met name verschilt men van mening over de vraag of als zodanig *iedere* regeling van de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk moet gelden, dan wel slechts die, waarbij van het krachtens de wet of overeenkomst bestaande stelsel wordt *afgeweken*. Hoe dit ook zij, wanneer tussen echtgenoten een vermogensrechtelijke overeenkomst staande huwelijk wordt aangegaan, zal men zich dienen af te vragen of zij als een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden moet worden geduid; is dit het geval, dan zijn de formeel- en materieelrechtelijke voorschriften van de Eerste Afdeling van de VII^{de} Titel op haar van toepassing.

De vraag naar de inhoud van het begrip huwelijksvoorwaarden zal in Hoofdstuk III Deel A § 1 worden behandeld.

Ad III

De oprichting ener maat- of vennootschap tussen echtgenoten heeft in literatuur en jurisprudentie steeds bijzondere aandacht gehad.

Wij zullen de reden hiervan thans bespreken; daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen het geval, dat de oprichting wordt geëffectueerd door inbreng van gemeenschapsgoederen en het geval, dat hetzelfde geschiedt met wederzijdse inbreng uit ieders privé-vermogen.

Vooropgesteld zij, dat de opmerking als zou het tot 1 januari 1957 gegolden hebbende absolute onveranderlijkebeginsel in een huwelijksvermogensrecht voor de oprichting in beide gevallen het beletsel geweest zijn, reeds onder het oude recht als geheel ongegrond moest worden afgewezen¹. Vennootschappelijke mede-eigendom is toch van geheel andere aard dan huwelijksgemeenschappelijke eigendom.

Naar luid van art. 1655 onderstelt de oprichting ener maatschap: (1) twee oprichters, (2) die iets in gemeenschap brengen, (3) met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen. Aan de hand nu van deze vereisten en de hierboven gegeven onderscheiding zijn onder *vigueur* van het oude recht door de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen, die een goed inzicht verschaffen.

¹ Toch is het n.m.m. onjuist te zeggen dat dit thans *a fortiori* geldt, nu het onveranderlijkebeginsel is „afgeschaft” gelijk De Bruijn p. 117 opmerkt. Dit laatste is toch slechts tot op zekere hoogte waar; zie art. 204.

In het eerste arrest¹ werd geoordeeld, dat een naamloze vennootschap opgericht door in gemeenschap van vruchten en inkomsten gehuwde echtelieden, die een tot die gemeenschap behorend bedrijf inbrachten, nietig was daar geen twee oprichters aanwezig geweest zouden zijn, nu naar het oordeel van de Hoge Raad de inbreng van gemeenschapsgoed, door de vrouw gedaan, rechtens geen betekenis had, daar zij zich niet tot inbreng van gemeenschapsgoed zou kunnen verbinden, zodat haar medewerking re vera zinledig was. Onjuist was hierin, dat zij zich niet tot inbreng van gemeenschapsgoed *kon* verbinden, hoewel moet worden toegegeven, dat haar medewerking in feite overbodig was. Het is echter de vraag of hieruit nu noodzakelijk volgde, dat er juridisch geen twee oprichters waren.

In het tweede arrest² werd echter een naamloze vennootschap, opgericht door twee met uitsluiting van elke gemeenschap gehuwde echtelieden, geldig geacht met de argumentering, dat dit reeds zo is, omdat de n.v. een rechtspersoon is en door de oprichting mitsdien geen vermogen ontstaat, dat tussen de echtgenoten-oprichters gemeen is. Terecht merkt De Bruijn (p. 117) op, dat indien in het onderhavige geval door de echtgenoten een maatschap zou zijn opgericht, het oordeel niet anders had kunnen luiden, daar het onveranderlijkheidsbeginsel hier niet wordt geschonden.

De tweede beslissing is daarom juist, nu aan alle door art. 1655 gestelde vereisten is voldaan. De verbintenis der vrouw had hier zeker een reëele inhoud, zodat er i.c. zonder twijfel twee oprichters waren.

Thans is aan de orde de vraag, welke invloed de herziening van 1956 op dit probleem heeft gehad. Vooropgesteld zij, dat de vermogensrechtelijke gelijkstelling der echtgenoten geen invloed heeft gehad op de figuur, waarin de oprichting van een maat- of vennootschap tussen echtgenoten gepaard gaat met inbreng uit de wederzijdse privé-vermogens. A fortiori is dit thans een volkomen rechtsgeldige handeling, welke ook de gekozen rechtsvorm moge zijn.

Belangwekkender blijft de vraag met betrekking tot de overblijvende figuur, waarbij de oprichting door beiden geschiedt met inbreng van gemeenschapsgoederen. De regel der bestuursverdeling van art. 177 gaat thans een beslissende rol spelen. Niet langer kan nu de medewerking van een hunner zinledig genoemd worden, wanneer ieder der oprichters gemeenschapsgoederen inbrengt, die onder eigen bestuur staan. Ongetwijfeld zijn er hier twee oprichters, ook al geschiedt de inbreng geheel met gemeenschapsgoederen. Beide verbintenissen zijn immers zinvol en hebben een reële inhoud, daar beider medewerking onmisbaar is³.

Dit alles geldt voor de burgerlijke maatschap en derhalve

¹ H.R. 9 okt. 1929, B.B. 4584, W.P.N.R. 3145.

² H.R. 5 jan. 1933, N.J. 1933 p. 793, W. 12560.

³ Aldus ook De Bruijn p. 118 en Prakken p. 75.

– ex art. 15 W. van K. – ook voor de vennootschap onder firma (art. 16 W. van K.) en de commanditaire vennootschap (art. 19 W. van K.). Ook de oprichting ener naamloze vennootschap tussen echtgenoten, de „man-vrouw n.v.”, – daargelaten of de n.v. nog wel een gekwalificeerde maatschap genoemd mag worden – kan op gelijke wijze worden beschouwd. Merkwaardig is daarbij, dat na de hervorming van 1 januari 1957 bij de oprichting van zulk een n.v. door het Ministerie van Justitie de verklaring van de echtgenoten in de oprichtingsakte werd verlangd, dat de storting door de vrouw op de door haar genomen aandelen werd verricht uit onder haar bestuur staand vermogen. Waarom dit alleen betreffende de inbreng van de zijde der vrouw werd geëist, was onbegrijpelijk. In het licht van het bovenstaande is er geen reden om in deze de echtgenoten nog verschillend te behandelen¹.

Wordt echter een maat- of vennootschap – waaronder begrepen de n.v. – opgericht tussen echtgenoten en verbinden beiden zich tot de inbreng van gemeenschapsgoederen, die slechts onder bestuur van één van hen staan, dan zou men – op het voetspoor van het bovengenoemde arrest – ook thans nog moeten oordelen, dat de medewerking van één hunner overbodig is en derhalve inhoud mist, zodat er geen twee oprichters zijn en de oprichting nietig is².

Intussen wil het mij voorkomen, dat men zeker ten aanzien van de storting op aandelen ener naamloze vennootschap met contanten een ander standpunt zal moeten innemen, indien deze inbreng niet terstond bij de oprichting plaats heeft. De oprichting is immers geen reëel contract, doch een consensuele handeling: essentiële voor de oprichting is *de deelname* der oprichters in het aandelenkapitaal, *niet de storting*, op de genomen aandelen³. Door de oprichtingsakte, gevolgd door de ministeriële verklaring van art. 36e W. van K., komt de n.v. als rechtspersoon tot stand en verkrijgt zij een vordering op ieder der oprichters ten bedrage der toegezegde contanten. Deze schulden der echtgenoten zijn bij het bestaan ener algehele gemeenschap van goederen geldig aangegane gemeenschapsschulden (art. 176), waarvan de n.v. de voldoening in rechte kan afdwingen. De vraag of ieder der echtgenoten in de gemeenschap de toegezegde gelden onder zijn bestuur had staan, komt m.i. niet aan de orde⁴. Bedenkt men dit alles en overweegt

¹ Aldus terecht Van der Grinten in „De Naamloze Vennootschap”, jan. 1960. Blijkens mededeling van Van der Grinten in „De Naamloze Vennootschap” okt. 1961 p. 115 heeft het Ministerie thans deze eis laten vallen.

² Onvoldoende is hier m.i. de tegenwerping, dat uit de verklaring der echtgenoten een stilzwijgende bestuursoverdracht mag worden afgeleid, daar deze dan hoogstens cumulatief van aard zou zijn, zodat de bestuursbevoegde echtgenoot niet onbevoegd wordt. Dit zou anders zijn, indien de bestuursoverdracht privaat zou zijn, doch dit mag men, naar ik meen, uit een stilzwijgende bestuurs-overeenkomst niet afleiden.

³ Zolang niet de storting van tenminste 10% op het geplaatste kapitaal heeft plaats gehad, geldt slechts de regeling van art. 36 g W. van K.

⁴ Men zal zelfs mogen stellen, dat ieder echtgenoot steeds *geacht* wordt toegezegde gelden – en in het algemeen generieke zaken – onder zijn bestuur te heb-

men wat naar geldend recht de inhoud van de oprichtingsovereenkomst ener n.v. is – vgl. Van der Heijden-Van der Grinten p. 183 – dan rijst de vraag of niet *iedere* oprichting ener n.v. tussen echtgenoten – ongeacht hun goederenstelsel en ook bij inbreng van bepaalde goederen – geldig behoort te zijn. Indien de oprichting met een stroman, die gehouden is het ene aandeel waarvoor hij deelneemt, terstond over te dragen aan de werkelijke oprichter, al geldig wordt geacht, hoeveel meer pleit dan niet voor de geldigheid van iedere man-vrouw n.v., waarin ieder der oprichters één of meer aandelen verwerft.

Tenslotte zij in dit verband nog opgemerkt, dat het Ministerie van Justitie bezwaar maakt tegen de benoeming in de akte van oprichting van de vrouw tot commissaris ener n.v. waarin haar man directeur is¹. Mij lijkt het departementale standpunt niet houdbaar. Deze benoeming moge in concreto niet in het belang zijn ener juiste vennootschappelijke orde, geen wetsbepaling verzet zich hiertegen. Zelfs een werknemer in dienst der n.v. kan tot commissaris worden benoemd.

oen Hier is m i een parallel aanwezig met een legaat van soortzaken, die steeds geacht worden in de nalatenschap aanwezig te zijn (art. 1015) en voorts met een uitkering wegens overbedeling in contanten bij de boedelscheiding, welke contanten eveneens geacht worden uit de boedel te zijn verkregen (art. 1125 lid 2), al waren zij in feite daarin in het geheel niet aanwezig

¹ Vgl. hieromtrent in verschillende zin Van der Grinten in „De Naamloze Vennootschap” (nov. 1958) en Van Rijn van Alkemade in T.V.V.S. (nov. 1959).

HOOFDSTUK II

DE WETTELIJKE GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN
DEEL A. HET BESTAAN DER WETTELIJKE
GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN

§ 1. *Oorsprong en aard der wettelijke gemeenschap (art. 174)*

Wanneer de echtgenoten bij huwelijksvoorwaarden de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk niet zelf hebben geregeld, doet de wet dit voor hen. Art. 174 verklaart immers, dat in dit geval vanaf het ogenblik der voltrekking van het huwelijk tussen de echtgenoten van rechtswege algehele gemeenschap van goederen bestaat.

Deze vermogensgemeenschap is de ingrijpendste vorm van vermogensrechtelijk samengaan, die men zich denken kan; door het enkele feit van het huwelijk en terstond op dit rechtsmoment vloeien de vermogens van man en vrouw samen tot één gemeenschap, waarin ook alle later door hen te verkrijgen baten en schulden zullen vallen zolang deze gemeenschap zal voortduren¹.

Op deze wijze schept de Nederlandse wet een vermogensrechtelijke band tussen man en vrouw, die wel nauwelijks hechter had kunnen zijn. Men heeft dan ook moeite in het buitenland eenzelfde wettelijk huwelijksvermogensstatuut te vinden; slechts in Portugal zal men het aantreffen.

De primaire vraag rijst daarom hoe onze voorkeur voor dit opmerkelijke stelsel te verklaren is. Hierover is reeds zeer veel geschreven. Ik acht mij daarom ontslagen van het geven van uitvoerige beschouwingen en moge daarvoor naar de bestaande literatuur verwijzen². Niet te ontkennen valt echter, dat het rechtshistorisch onderzoek naar de oorsprong dezer unieke rechtsfiguur in Europa geen overtuigende resultaten heeft opgeleverd; de kenbronnen hebben te weinig positieve gegevens kunnen verschaffen. Noch het onderzoek naar het recht der Galliërs, noch de studie van het oud-Germaanse, het Romeinse of het canonieke recht hebben ons hier veel verder gebracht. Het weinige, dat wij van het Gallische recht weten, is ook weinig overtuigend³, terwijl

¹ Eenvoudigheidshalve wijd ik hier geen aandacht aan de uitzondering der hoogstpersoonlijke baten – en wellicht ook schulden –, terwijl ik in dit verband eveneens nog terzijde laat het onderscheid tussen het gemeen zijn der baten en het gemeenschappelijk zijn der schulden

² Vgl. laatstelijk de zeer uitvoerige beschouwingen bij De Bruijn p. 157 e.v. met de door hem gegeven literatuuropgave. Zie ook Asser-Scholten-Wiarda p. 182 e.v.

³ Het gaat hier om de passage in Caesar „De bello Gallico” (VI 19), die als volgt luidt: „By het huwelijk brengt de man met de huwelijksgift der vrouw een na schatting bepaald gelijk gedeelte van zijn vermogen in. Dit verenigde vermogen wordt dan gemeenschappelijk bestuurd en vermeerderd met de daarvan

in het oud-Germaanse recht tot de achtste eeuw geen spoor van huwelijksgemeenschap is gevonden. Na het verdwijnen van het manus-huwelijk in het Romeinse recht kent het huwelijk sine manu geen andere vermogensrechtelijke band meer tussen de echtgenoten dan de dos. Het canonieke recht tenslotte heeft nimmer in zijn huwelijkswetgeving de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk beroerd.

Wel heeft, naar thans aanvaard wordt, de kerstening in Europa tot gevolg gehad, dat met de verheffing van het huwelijk tot een duurzame monogame levensgemeenschap, de opvatting ingang vond, dat een zo hecht samengaan voor het leven wel impliceren moest een zekere verbondenheid van de aan die levensgemeenschap dienstbare tijdelijke goederen. Zo is aan ons overgeleverd de uit de 8ste eeuw stammende Frankische Lex Ribuarica, waaruit een zekere vermogensdeling valt af te leiden. Van een algehele gemeenschap in onze huidige betekenis kan men echter geenszins spreken¹. De gedachte der vermogensrechtelijke binding uitte zich dan ook in velerlei vormen in Europa. Zij varieerde van de Verwaltungsgemeinschaft, gelijk het Duitse recht deze als wettelijk stelsel kende tot aan de novelle van 1 juli 1958 (invoering van het Gleichberechtigungsgesetz), waarin de binding slechts daarin bestond, dat het beheer over beider vermogens in één hand was, via allerlei tussenliggende vormen tot de volledige versmelting der beide vermogens, die de algehele gemeenschap is. Van de laatste vorm is de juiste oorsprong helaas niet aan te tonen. Sedert de 13de eeuw wordt zij echter aangetroffen in de West-Europese handelssteden, met name in Holland, Zeeland, Vlaanderen en West- en Noord-Duitsland.

Of zij echter in die tijd ten onzent algemeen gold, is betwist². Zeker is slechts, dat zij in Friesland niet bestond; hier gold een stelsel, dat vergelijkbaar is met onze huidige gemeenschap van winst en verlies. Voorts bedenke men, dat buiten de handelssteden van Holland en Zeeland het ten huwelijk aangebrachte en staande huwelijk geërfde onroerend goed doorgaans van de gemeenschap werd uitgezonderd, hetgeen van ingrijpende betekenis was, daar ten plattelande het roerende vermogen practisch nog geen rol speelde. Verder werd in talrijke streken nog onderscheid gemaakt tussen kinderloos gebleven huwelijken en huwelijken waaruit een of meer kinderen waren geboren (onbeërfde en beërfde huwelijken), waarbij slechts in het laatste geval de gemeenschap een meer of minder volkomen karakter droeg. Teneinde nu onze keuze

verkregen rente. De langstlevende echtgenoot verkrijgt dit vermogen tezamen met de tot dan ontvangene rente "

Naar ik meen blijkt juist uit het citaat zelf, dat in deze hoogstens van een beperkte gemeenschap sprake is

¹ Vgl. Lex Ribuarica C. 37, terecht is De Bruijn p. 160 van mening, dat uit de tekst slechts blijkt van een verzorging der weduwe

² Asser-Scholten-Wiarda p. 182/183 meent van wel, anders echter De Bruijn p. 162

bij de codificatie van 1838 te verstaan, dient tevens de gelijktijdige ontwikkeling in Frankrijk summier te worden geschetst.

In het pays de droit écrit bestond het Romeinsrechtelijke „régime dotal”, waarin de man eigenaar werd van de dos, terwijl beider vermogens overigens geheel gescheiden bleven. In het pays de droit coutumier daarentegen brachten de Germaansrechtelijke invloeden het „régime en communauté”; bij de invoering van de Code (art. 1401) werd dit laatste nagenoeg in zijn geheel aanvaard als het wettelijk statuut. Het omvatte een gemeenschap van alle roerende goederen, van alle vruchten en inkomsten en van alle staande huwelijk verkregen onroerende goederen.

Toen de Napoleontische invloeden zich ten onzent deden gelden, begon hier de op en neer gaande strijd om het nationale stelsel. Het „Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland” (art. 172) en het Ontwerp 1816 (art. 242) grepen nog terug op de algehele gemeenschap der Hollandse steden.

Onder de druk der Belgen kende het Ontwerp 1820 echter een keuzestelsel; de echtgenoten konden zich bij de huwelijksluiting uitspreken voor een gemeenschap gelijk aan die van de Code, terwijl bij gebreke van deze verklaring de algehele gemeenschap zou gelden.

Het Wetboek van 1830 ging nog verder en kende het Codestelsel zelfs als wettelijk statuut. Zodra de invloed der Belgen echter uitdoofde na de scheiding tussen Noord en Zuid, heeft men zich gehaast de algehele gemeenschap wederom daarvoor in de plaats te stellen¹. Thans schijnt haar een lang leven beschoren. De aanvallen der feministen in het begin der eeuw², die een scheidingsstelsel propageerden, zijn teruggewezen. Op 11 september 1953 sprak de Tweede Kamer in antwoord op vraagpunt 46 betreffende een nieuw Burgerlijk Wetboek, overeenkomstig de opvatting der Regering, zich uit voor het behoud der algehele gemeenschap. Ook het Ontwerp-Meijers en het Regeringsontwerp hebben haar daarop gehandhaafd, zodat zij ook het stelsel is geworden van het Nieuw B.W. blijkens art. 1.7.1.1. De universele gemeenschap van goederen en schulden biedt zeker vele voordelen; het voornaamste voordeel is wel de eenvoud van haar constructie, die een eveneens simpele bestuursregeling mogelijk maakt en die tevens voor derden, die met de echtgenoten handelen, zeer weinig complicaties biedt.

¹ Het is niet geheel onwaarschijnlijk, dat men – gelijk ook De Bruijn p 164 suggereert – tot deze keuze meer gekomen is uit ressentiment tegen het Franse stelsel dan op grond van het feit, dat zij toen reeds een nationale verworvenheid zou zijn geweest

² Vgl o a Haanebrink, prae-advies Broederschap van Notarissen 1900; Adolphine Kok, „Het huwelijksgoederenrecht in het Deutsche Burgerlijk Wetboek” (ac proefschrift Leiden 1903); Miseroy, prae-advies Ned Juristenvereniging 1904, Bakker-Nort, „Schets van de rechtspositie der gehuwde vrouw” (ac proefschrift Groningen 1915), Lubbers, prae-advies Ned. Juristenvereniging 1927.

Uit dit oogpunt bezien kan men haar handhaving toejuichen; deze voordelen spreken ons immers heden nog aan. Daarnaast demonstreert zij, naar ik meen, een wezenstrek van ons nationale recht: de bijzonder hechte vermogensband der echtgenoten. Ook in het erfrecht immers neemt de langstlevende echtgenoot ten onzent in vergelijking tot de andere Europese landen, wier privaatrecht onder invloed der Napoleontische wetgeving werd gevormd, een bijzonder sterke positie in, terwijl *jure constituendo* deze lijn nog wordt doorgetrokken¹.

Dit beduidt niet, dat ik de algehele gemeenschap natuurrechtelijk van aard en daarom het enig juiste huwelijksgoederenstelsel acht, zodat beperking daarvan door de wetgever in strijd met het wezen van het huwelijk zou zijn². Hoogstens kan men stellen, dat naar hier te lande geldende opvattingen deze vorm van gemeenschap in het overgrote deel der gevallen de beste vorm is van vermogensrechtelijk samengaan van man en vrouw; uit de natuur van het huwelijk vloeit m.i. slechts in beginsel een zekere vorm van binding hunner vermogens en/of inkomsten voort. De positiefrechtelijke uitwerking van dit beginsel kent vele mogelijkheden, terwijl de wetgever hierbij aan de rechtsgenoten zelf een zo groot mogelijke vrijheid tot eigen regeling dient te laten³.

Ook bij de invoering van de herziening van 1956 is men van het behoud der universele gemeenschap uitgegaan; haar grote voordeel van eenvoud van constructie, dat ik hierboven beschreef, is n.m.m. in de Lex Van Oven echter gedeeltelijk verloren gegaan door de introductie van het opzienbarende beginsel der bestuursverdeling van art. 177. In § 5 zal ik mijn bezwaren tegen dit stelsel uiteenzetten; het voornaamste daarvan zal zijn dat der aldus geschapen rechtsonzekerheid. Het voordeel van eenvoud gaat aldus wel verloren, hetgeen de vraag doet rijzen of deze bestuursverdeling wel met het wezen ener universele gemeenschap overeen te brengen is. Ook in het buitenland heeft de combinatie van de algehele gemeenschap ten onzent met een bestuursverdeling weinig bewondering gewekt⁴.

In het vermogensrecht onderscheidt men twee soorten van mede-eigendom. Voor het eerst heeft Versteeg⁵ deze aangeduid met de termen vrije en gebonden mede-eigendom. De huwelijks-gemeenschap is een der verschijningsvormen van gebonden mede-

¹ Vgl. hierover mijn praec-advies „De Ouderlijke Boedelverdeling volgens de artt. 1167 e v. B.W.” (Broederschap Cand. Notarissen 1958) p. 68, met instemmend commentaar van Van der Ploeg in W.P.N.R. 4540, alsmede mijn opstel „De Langstlevende Alles” in W.P.N.R. 4575.

² Zo was doorgaans de opvatting der 19de eeuw, zie Opzoomer I p. 332 en 397, Diephuis IV p. 224, anders echter reeds Land I p. 176 noot 2.

³ Vgl. hierover mijn Openbare Les p. 6 e v.

⁴ Zie laatstelijk Baeteman „La réforme des régimes matrimoniaux” p. 185/186 (Brussel 1960).

⁵ J. Versteeg, „Het recht van mede-eigendom” (ac. proefschrift Leiden 1912).

eigendom. Tussen de echtgenoten-mede-eigenaren bestaat immers de meest hechte vereniging, die in rechte denkbaar is: een duurzame levensgemeenschap. Deze rechtsband bepaalt mede de hechtheid van de vermogensrechtelijke binding. De inhoud van het recht der mede-eigenaren is af te leiden uit de tussen hen bestaande persoonlijke band. De vermogensrechtelijke gemeenschap is immers dienstbaar aan de vereniging der personen, zolang het huwelijk voortduurt, behoudens eerdere ontbinding, tengevolge van een rechterlijke uitspraak (artt. 180 en 298) of met rechterlijke goedkeuring (art. 204), in bijzondere gevallen.

Buiten deze gevallen kan geen ontbinding staande huwelijk plaats hebben en is scheiding en deling der gemeenschap derhalve niet mogelijk. Eveneens volgt uit het doel der gemeenschap de onmogelijkheid een derde tot rechtsopvolger te maken in de rechten van slechts één der echtgenoten in de gemeenschap of in bepaalde daartoe behorende bestanddelen. Aandelen der mede-eigenaren in die afzonderlijke bestanddelen kan men zelfs niet onderscheiden.

Tenslotte volgt daaruit haar universaliteit (art. 175), die zich mede uitstrekt tot alle schulden der mede-eigenaren (art. 176), zij het, dat het gemeen zijn hiervan een geheel ander karakter draagt.

Men heeft wel getracht deze sterk gebonden gemeenschap een juridische kwalificatie te geven, haar te klasseren in een bestaande categorie.

Zij is echter *luce clarius* geen condominium van Romeinsrechtelijke aard, noch een gezamendehand van Germaansrechtelijk karakter. Van het eerste mist zij de aanwijsbare fracties in haar afzonderlijke bestanddelen, terwijl zij van de tweede juist niet het essentiële kenmerk heeft, dat de eigenaren slechts gezamenlijk kunnen beschikken.

Ook haar te klasseren naar geldende rechtsbegrippen is bepaaldelijk tot mislukking gedoemd. Zelfs de wet maakt zich hieraan schuldig in art. 1658, waar zij het doet voorkomen alsof de huwelijksgemeenschap een vorm van maatschap zou zijn. Van het essentiële der maatschap, haar commerciële doel, heeft de huwelijksgemeenschap echter niets. Zij heeft immers een geheel ander – niet-commercieel – doel, nl. haar dienstbaarheid aan de echtelijke levensgemeenschap. Bovendien ontstaat zij als algehele gemeenschap vrijwel nooit door overeenkomst, doch door wetsduiding als een der gevolgen van het huwelijk, terwijl maatschap slechts door overeenkomst kan ontstaan (art. 1655).

Evenmin is de huwelijksgemeenschap een rechtspersoon¹, daar

¹ Het beroep op art. 63 F W van Klaassen-Eggens-Polak p. 8 ten gunste der rechtspersoonlijkheid faalt, gelyk Asser-Scholten-Wiarda p. 185 terecht opmerkt. Deze bepaling, voorschryvende dat het faillissement van een in enige gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot als faillissement van die gemeenschap wordt behandeld, pleit inderdaad juist tegen haar rechtspersoonlijkheid.

hiervoor iedere wettelijke steun ontbreekt, terwijl men die toch wel zou mogen verlangen. De rechtspersoonlijkheidstheorie is gelanceerd door Eggens¹, die haar mede verdedigt voor de beneficiair aanvaarde nalatenschap, zulks echter naar hij mededeelt „slechts om te prikkelen tot het nader doordenken van het karakter der huwelijksgemeenschap als eenheid”. Deze prikkel heeft evenwel niets dan fel verzet opgeroepen, hetgeen niet verwonderlijk is, daar de meest sprekende wezenstrekken van een rechtspersoon ten enenmale ontbreken: de gemeenschap kan niet zelfstandig in rechte optreden, rechtshandelingen tussen haar als zelfstandig persoon en de echtgenoten of tussen haar en derden zijn moeilijk denkbaar. Voorts verdraagt de regeling der schulden (artt. 176 en 183) zich bezwaarlijk met een rechtspersoonlijkheid der gemeenschap en ontbreekt een regeling der vereffening ten behoeve van crediteuren der beweerde rechtspersoon, gelijk art. 1702 deze kent. Tenslotte kan men opmerken, dat een rechtshandeling tot oprichting ontbreekt.

Toch moet men m.i. Eggens toegeven, dat zijn klacht in het handboek Klaassen-Eggens-Polak p. 8, inhoudende dat zijn bestrijders „de kern der zaak” niet raken en dat er i.c. „onvoldoende organisch denken” is, niet geheel en al ongegrond is. Te weinig is er op gelet, dat de wet over de huwelijksgemeenschap in twee betekenissen spreekt, en wel in die van de bovengeschetste mede-eigendom (in o.a. de artt. 175, 176 lid 2 en 177), doch daarnaast in die van de vermogensrechtelijke rechtsband tussen echtgenoten, die hun op geld waardeerbare belangen en verplichtingen verenigt voor heden en toekomst (aldus in o.a. de artt. 174 en 178).

Onder de druk van Scholten's critiek heeft nu Eggens t.a.p. gesteld, dat de echtgenoten „vermogensrechtelijk ophouden ieder voor zich zelfstandig persoon te zijn”. Dit laatste lijkt mij een manifest overdreven stelling: de Lex Van Oven heeft haar zeker onhoudbaar gemaakt, althans in haar – externe – betekenis voor derden (vgl. o.a. de artt. 176 en 177).

Toch ligt hier m.i. het begin van een gedachte, die het overdenken waard is. Is het niet veeleer zo, dat de rechtspersoonlijkheid van het vermogen der gemeenschap op zich bezien een onverdedigbare utopie is – ja, rechte onjuist genoemd moet worden –, doch dat met meer vrucht zou kunnen verdedigd worden, dat de personengemeenschap der echtgenoten zelve rechtspersoonlijkheid bezit en dat het vermogen dier vereniging-rechtspersoon uit de huwelijksgemeenschappelijke goederen is samengesteld? Ook de weinige verdedigers der maatschap-rechtspersoon zien toch

¹ Behalve in Klaassen-Eggens-Polak t.a.p. ook in W.P.N.R. 3168 en 4118; zij heeft echter nauwelijks aanhang gevonden, zie De Bruijn p. 184 en de aldaar vermelde literatuur. Slechts Koenen verdedigde in W.P.N.R. 1414 e.v. deze theorie, in afwijking van zijn ac. proefschrift „Beschouwingen over rechtsgemeenschap” (Amsterdam 1891).

niet het vermogen der maatschap, doch de maatschap zelve – de personengemeenschap – als een rechtspersoon.

Vooralsnog houd ik ook deze visie – gelijk ook voor de maatschap – voor onjuist, als niet – voldoende – op de wet gegrond, doch zij is n.m.m. verdedigbaar, althans in meerdere mate dan de leer, die het vermogen zelf bekleedt met rechtspersoonlijkheid.

Ook ik zie derhalve de huwelijksgemeenschap nog als een vorm van gebonden mede-eigendom met eigen regels¹. In deze zin is zij „sui generis”, terwijl haar bijzondere kenmerken thans ter sprake zullen komen.

§ 2. *De goederen der gemeenschap; hoogst persoonlijke goederen (art. 175)*

Er is in de wet met betrekking tot de omschrijving van de inhoud der wettelijke gemeenschap een merkwaardige contradictie te bespeuren.

Zij wordt immers genoemd een algehele gemeenschap van goederen (art. 174), terwijl art. 175 van deze goederen een nadere omschrijving geeft. Laconiek volgt dan echter onmiddellijk de mededeling, dat zij, „wat haar lasten betreft” alle schulden van ieder der echtgenoten omvat. Hieruit volgt, dat hetzij de naam dezer gemeenschap te beperkt en dus foutief is, hetzij dat, waar de gemeenschap geen schulden bevatten kan, art. 176 onjuist is geformuleerd.

Er is echter nog een tweede opmerking mogelijk: in de artt. 174 en 175 wordt tezamen vijfmaal de term „goederen” gebruikt, waar toch naar de thans nog geldende terminologie (art. 555) „vermogens-bestanddelen” zijn bedoeld. Ditmaal echter kan men dit niet, gelijk bij de bespreking van art. 167, aan de invloed van het Ontwerp-Meijers toeschrijven², daar de artt. 174 (oud) en 175 (oud) reeds deze schoonheidsfout vertoonden. Juister ware het geweest te spreken van een algehele *vermogens*gemeenschap. Bij de haastige totstandbrenging van de herziening van 1956 heeft men hieraan echter geen aandacht besteed.

Het zwaarst weegt de eerste opmerking: hoe kan een gemeenschap van vermogensrechten ook schulden omvatten³? Wij spraken toch hierboven van de gemeenschap in de zin van mede-eigendom, hetgeen per definitionem uitsluitend slaan kan op

¹ De Bruijn p. 187 stelt dit voor als een eigen opvatting, doch benadrukt hierbij m.i. onvoldoende, dat dit op zich nog niets zegt omtrent het wezen dezer gemeenschap; *iedere* vorm van gebonden mede-eigendom is immers een figuur sui generis. Gebonden mede-eigendom is niets anders dan een verzamelbegrip voor de meest onderscheiden rechtsfiguren, die slechts een vage wezenstrek met elkander gemeen hebben. Een anologon vindt men in het begrip „hoogst persoonlijke goederen” in art. 175 lid 2.

² Vgl. het in Hoofdstuk I § 9 opgemerkte.

³ In W.P.N.R. 4380 is hierop door Van Oven gewezen. In rechtskundige zin omvat het begrip „vermogen” alleen activa; vgl. de artt. 20 en 23 der Faillissementswet.

activa. Ik heb echter op nog een andere betekenis van de term „gemeenschap van goederen” gewezen in § 1; in art. 174 heeft zij nl. de ruimere betekenis van vermogensrechtelijke rechtsband tussen de echtgenoten. Hierin ligt nu de oplossing; deze rechtsband heeft twee gevolgen:

1. zij verenigt beider vermogensbestanddelen tot een mede-eigendom, de gemeenschap in engere zin (art. 175);
2. zij maakt beider schulden verhaalbaar op dit verenigde vermogen en verplicht hen aldus deze uiteindelijk bij helfte te dragen (artt. 176 en 183).

De enige critiek die dan nog rest, is dat de wetgever door in zowel art. 175 als art. 176 van het „omvatten” door de gemeenschap van baten en lasten te spreken, twee geheel verschillende rechtsfiguren identificeert en zonder enige waarschuwing van het ene begrip in het andere overstapt. Over het gemeen-zijn der schulden zal hierna in § 4 worden gehandeld.

De gemeenschap omvat in beginsel alle vermogensbestanddelen, waaronder dus begrepen zijn alle subjectieve vermogensrechten der echtgenoten. Men dient hierbij echter wel te bedenken, dat vaak onderscheid zal moeten worden gemaakt tussen de rechtsverhouding waaruit de subjectieve vermogensrechten geboren – kunnen – worden en deze rechten zelve. Wanneer deze rechtsverhouding immers een uit de wet of uit overeenkomst ontstane rechtsband is tot een of meer derden, van wie de betrokken echtgenoot de wederpartij is, kan hij in deze band in het algemeen niet zonder medewerking van die derde een ander doen opvolgen. Zijn rechtspositie is dan niet voor overdracht en zelfs soms niet voor overgang vatbaar en is niet op geld waardeerbaar.

Levert echter deze rechtspositie subjectieve vermogensrechten op, dan vallen deze laatste in de huwelijksgemeenschap, gelijk ook de daaraan verbonden op geld waardeerbare verplichtingen schulden der huwelijksgemeenschap zullen zijn.

Niet het arbeidscontract valt dus in de gemeenschap, doch wel een vervallen loontermijn; evenmin is het lidmaatschap van een vereniging een gemeenschapsbate, doch wel vormt een daaruit voortvloeiende schuld tot betaling van contributie een passiefpost der gemeenschap.

Zo is het ook met alimentatieverhoudingen gesteld. Is een der echtgenoten tot alimentatie-uitkeringen gerechtigd of gehouden dan is dit een hem strikt persoonlijk betreffende rechtsverhouding, die zelf niet tot de vermogensrechten kan worden gerekend. De daaruit voortspruitende vorderingen en schulden zijn echter activa en passiva der huwelijksgemeenschap; niet anders is het met een geldelijke uitkering ineens, die bij wege van afskoopsom wordt uitgekeerd¹. Op geen andere wijze zal men het ouderlijk

¹ Vgl. H.R. 26 jan. 1933, W. 12573, N.J. 1933 p. 797, beslissende dat de constante waarde van een onderhoudsplicht, die de man had jegens een vroegere

vruchtgenot (art. 361) moeten behandelen; eerst de daaruit resulterende vruchten vormen baten der gemeenschap.

Na overdenking van het vorenstaande komt onder mijn ogen het zojuist gepubliceerde arrest van de Hoge Raad d.d. 25 mei 1962 (R.v.d.W. 1962 no. 18). Het hierin gemaakte scherpe onderscheid tussen de aan een huurverkoper toekomende hoedanigheid van contractspartij en de uit dien hoofde aan hem toevallende vermogensrechten ligt geheel in de lijn van mijn vorenstaand betoog.

Vervolgens dient men ook ten aanzien dezer subjectieve vermogensrechten zelve enig voorbehoud te maken. De wet bepaalt immers thans uitdrukkelijk, dat onvervreemdbare en hoogst persoonlijke goederen slechts in de gemeenschap vallen voorzover het bijzondere karakter van die goederen zich daartegen niet verzet (art. 175 lid 2)¹. Het onvervreemdbaar of minder vervreemdbaar zijn van een recht behoeft immers zijn karakter van subjectief vermogensrecht niet weg te nemen.

Het voorschrift is ontleend aan het Ontwerp-Meijers art. 1.7.1.2 en zocht blijkens de gegeven toelichting² aansluiting bij de reeds voor de invoering van de Lex Van Oven bestaande rechtsopvattingen³. Ik acht de uitdrukkelijke opneming van deze regel gelukkig; op deze wijze is – en wel met name door de opneming der woorden „voor zover” – een flexibele regeling verkregen, die aan de rechter voldoende vrijheid laat. Deze rechterlijke vrijheid werd juist door de wetgever beoogd. Om deze reden heeft men ook afgezien van het inlassen van een enuntiatieve opsomming der hier bedoelde goederen, gelijk door de beide notariële Broederschappen was voorgesteld⁴.

De wet spreekt over „onvervreemdbare en hoogst persoonlijke” goederen en wekt dusdoende de indruk twee verschillende categorieën naast elkaar te stellen. Ten onrechte echter naar ik meen; weliswaar zou men een onvervreemdbaar recht een onvolkomen vermogensrecht kunnen noemen nu een der kenmerken van een vermogensrecht, nl. zijn overdraagbaarheid, ontbreekt, terwijl dit met hoogst persoonlijke rechten niet het geval is, doch hij die een omschrijving van dit laatste begrip poogt te geven, komt m.i. niet veel verder dan de vage stelling, dat bij deze laatste een zekere

echtgenote, geen passief-post was in de huwelijksgemeenschap, waarin hij in tweede echt was gehuwd

Aldus ook Eggens in W P N R 3303 en Scholten in zijn onderschrift bij het arrest in N J 1933, p. 797. Anders Van Brakel in W. 12573. Vgl. ook H R 20 februari 1939, N J 1939 no. 780.

¹ Vgl. Toelichting Ontwerp-Meijers ad art. 1.7.1.2. Meijers heeft in een groot mogelijke vrijheid van de rechter gewild.

² Zie Van Ewijk-Polak p. 32/33.

³ Vgl. o.a. H R 20 febr. 1939, N J 1939 no. 780, Hof 's-Gravenhage 11 april 1938, N J 1939 no. 307, De Bruijn in W P N R 4466.

⁴ Vgl. Corr. Blad 1955, p. 41 en W P N R 4386.

mate van verknochtheid aan een bepaald rechtssubject bestaat.

Nu wil het mij voorkomen, dat indien een recht onvervreemdbaar is, toch zeker van een zodanige persoonlijke binding gesproken mag worden. Om deze reden acht ik een onvervreemdbaar recht slechts een species van het algemene begrip der hoogst persoonlijke rechten en ga ik van dit laatste begrip bij het navolgende uit.

Het weinig concrete kenmerk een zekere verknochtheid tot een bepaald rechtssubject te vertonen kent echter vele nuances. Wij hebben ook hier slechts met een verzamelbegrip te maken en ontkomen derhalve niet aan een nadere specificatie van de hieronder vallende rechten. Beginnende met de sterkste gebondenheid en afdalende naar de zwakste binding, kan men de volgende categorieën onderscheiden:

1. er is onvervreemdbaarheid;
2. er is slechts een beperkte mogelijkheid tot vervreemding;
3. het recht is wel vervreemdbaar, doch het is gebonden aan de levensduur van een der echtgenoten;
4. het recht is wel vervreemdbaar, doch het is aan de betrokken echtgenoot toegekend op grond van hem persoonlijk betreffende omstandigheden;
5. het recht is wel vervreemdbaar, doch er bestaat een – wellicht meer in de gevoelssfeer liggende – affiniteit tussen persoon en zaak.

Kan men op deze wijze de nuances der persoonlijke verknochtheid aanduiden, ook de daarmee verbonden rechtsgevolgen hiervan met betrekking tot de huwelijksgemeenschap kunnen worden onderscheiden in sterkere en zwakkere.

Zo zou men niet slechts het recht zelf buiten de gemeenschap kunnen houden, doch mede zijn waarde. Besluit men immers dat de persoonlijke binding zo sterk is, dat deze zich met het gemeenschappelijk-zijn der zaak niet verdraagt, dan behoeft dit op zich nog niet te betekenen, dat haar waarde niet tot de gemeenschappelijke boedel zou moeten worden gerekend. Besluit men, dat zowel zaak als waarde niet tot de gemeenschap behoren te worden gerekend, dan is het niettemin mogelijk, dat beginselen van goede trouw en billijkheid, die mede tussen de deelgenoten in een ontbonden doch nog ongescheiden huwelijksgemeenschap de rechtsverhouding bepalen¹, medebrengen, dat bij de scheiding de ene echtgenoot aan de andere een zodanig bedrag uitkeert, dat economisch gezien een gelijk resultaat wordt bereikt.

¹ De invloed dezer beginselen in een buiten-contractuele rechtsverhouding als die tussen deelgenoten in een onverdeeldheid wordt thans algemeen aanvaard; vgl. H R 20 dec 1946, N J 1947, no 59, H R 9 mei 1952, N J 1953 no 563, Eggen in W P N R 4054, Asser-Scholten-Wiarda p 188, De Bruijn p 207 en het opstel van Smalbraak „De goede trouw, de billijkheid en de boedelscheiding” in W P N R 4552/56

Tenslotte is het mogelijk, dat terwijl zowel de zaak als haar waarde tot de gemeenschap moeten worden gerekend, de evenbedoelde beginselen ertoe leiden, dat bij de scheiding en deling der ontbonden gemeenschap een der echtgenoten een gerechtvaardigde aanspraak kan doen gelden op toedeling van de betrokken zaak. Hier uit zich de hoogstpersoonlijkheid op de zwakst denkbare wijze.

Slechts van de laatste rechtsfiguur is een wettelijk voorbeeld te vinden. Art. 182 bepaalt immers, dat de kledingstukken, kleindien en gereedschappen, voorzover deze laatste tot het beroep van een der echtgenoten behoren, alsmede de boekerijen en verzamelingen van voorwerpen van kunst en wetenschap en tenslotte familiepapieren of gedenkstukken „aan de zijde waarvan zij oorspronkelijk afkomstig waren” kunnen worden „teruggevorderd” tegen de „prijs”, waarop zij in der minne of door deskundigen worden gewaardeerd.

De regel, die tot uitdrukking wordt gebracht in deze niet geheel onberispelijke¹ bewoordingen, kan thans worden gezien in het licht van bovenbedoelde beginselen, die in concreto kunnen betekenen, dat de goede trouw, die bij de boedelscheiding mede de rechtsverhoudingen bepaalt, een aanspraak op toedeling aan één der echtgenoten medebrengt. Dit beginsel zal bij de afzonderlijke beschouwing van de onderscheiden zaken, welke thans volgt, een rol spelen².

Voorts zal bij de telkens te nemen beslissingen m.i. zwaar moeten wegen:

- dat in de tekst vooropstaat, dat ook de hier bedoelde vermogensbestanddelen in de gemeenschap vallen;
- dat de boedelmenging op zich geen vervreemding betekent, zulks in tegenstelling tot de toedeling aan de andere echtgenoot na ontbinding der gemeenschap.

De hierna gekozen volgorde der onderscheiden vermogensrechten houdt overigens geen classificering in; de telkens optredende nuanceringen maken dit m.i. onmogelijk.

Recht van gebruik en van bewoning

De zakelijke rechten van gebruik en bewoning zijn onver-

¹ Zo doen de woorden „terugvorderen” en „prijs” aan een koop denken, waar slechts een voorkeursrecht tot toedeling tegen een bepaalde waarde is bedoeld. Zo slaan ook de woorden „waarvan zij oorspronkelijk afkomstig waren”, meer op goederen, die ten huwelijk zijn aangebracht of staande huwelijk door erfopvolging of schenking zijn verkregen, zoals de familiepapieren en gedenkstukken „Geslacht” bedoelt de familie, waaruit de echtgenoot stamt. Het „oorspronkelijk afkomstig” zijn der andere genoemde zaken zal m.i. vrij geïnterpreteerd mogen worden als stond er „bij de betrokken echtgenoot in gebruik of tot diens gebruik bestemd”.

Vgl. voorts betreffende de verhouding tussen de artt. 182 en 899b hierna Deel B §2.

² Vgl. omtrent het nu volgende in verschillende zin: De Bruijn p 192 e v, Asser-Scholten-Wiarda p 188 e v, Petit p 127 e v, Suyling VII no 53 e v, Pitlo-Meyling I p 171 e v, Völmars no 112 en laatstelijk A G Lubbers in zijn opstel „Pensioen en Gemeenschap” in W P N R 4701 p 551 (Eggens-nummer).

vreemdbaar (artt. 870 en 874). Onvervreemdbaarheid is echter op zich geen beletsel om een recht in de gemeenschap te doen vallen; de boedelmenging door huwelijk is immers geen daad van vervreemding¹. Slechts in de rechtspersoonlijkheidstheorie zou men dit met vrucht kunnen volhouden. Er bestaat derhalve geen bezwaar om deze rechten zelf in de gemeenschap te doen vallen. Anders is het echter gesteld met de situatie, die ontstaat na ontbinding der huwelijksgemeenschap wanneer partijen tot scheiding en deling daarvan overgaan; toebedeling aan de andere echtgenoot is dan zeer zeker een daad van vervreemding, een „afstaan” in de zin der artt. 870 en 874. Dit nu is zakenrechtelijk uitgesloten, daar deze rechten niet de mogelijkheid inhouden tot overgang op een ander dan degene aan wie zij oorspronkelijk werden verleend. Deze echtgenoot zal daarom toebedeling aan zich kunnen verlangen; dit impliceert, dat de andere echtgenoot wel economisch de halve waarde ten tijde der scheiding geniet en dat de regel van art. 175 lid 2 i.c. slechts tot gevolg heeft, dat het voorschrift van art. 181 lid 1 (in fine) wordt terzijdegesteld.

Vruchtgebruik

Het recht is vrij vervreemdbaar (art. 819), doch ook na vervreemding door de oorspronkelijke vruchtgebruiker blijft de duur van het recht afhankelijk van diens leven. De gebondenheid aan het leven van de persoon, aan wie het vruchtgebruik door de eigenaar werd verleend, maakt dat ook het vruchtgebruik als hoogst persoonlijk goed in de zin van art. 175 lid 2 wordt gekwalificeerd. Dit is een visie, die ook maatschappelijk bevredigt. Het vruchtgebruik wordt immers doorgaans verleend uit persoonlijke affectie, hetzij door de nauwe familierelatie, hetzij tussen echtgenoten, hetzij tot beloning van trouwe diensten. Niet zelden heeft het de functie een bijdrage in het levensonderhoud van de betrokkene te zijn. Zelden ziet men in de rechtspraktijk een vervreemding van het recht tot stand komen.

Op deze gronden lijkt mij een bepaling der rechtsverhoudingen in de huwelijksgemeenschap niet moeilijk. Zonder twijfel valt het recht in deze gemeenschap; de persoonlijke binding tot de echtgenoot aan wie het recht werd verleend, brengt echter mede, dat na ontbinding der huwelijksgemeenschap door deze kan worden verlangd, dat het recht hem wederom worde toegescheiden. De goede trouw en de billijkheid zullen dan medebrengen, dat aan dit verlangen gevolg moet worden gegeven. Deze beginselen bepalen immers, gelijk gezegd, mede de rechtsverhouding tussen de deelgenoten; zij brengen echter i.c. niet mede, dat de toedeling van dit vermogensrecht om niet zou moeten geschieden. Evenmin is er reden om een ten huwelijk aangebracht vruchtgebruik anders

¹ Aldus ook Hof Amsterdam 29 nov. 1951, N.J. 1952 no. 447, De Bruijn p. 192, Asser-Scholten-Wiarda p. 187, Scholten in W.P.N.R. 2089 (Verzamelde Geschriften III p. 236).

te behandelen dan een staande huwelijk verkregen vruchtgebruik¹.

Persoonlijke rechten van gebruik

Dezelfde vragen, die bij het zojuist besproken zakelijk recht rezen, kunnen eveneens worden gesteld bij gebruiksrechten van niet-zakelijk karakter. Men dient zich echter hierbij van het fundamentele onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke genotsrechten steeds bewust te zijn. Bij de laatste is er een uit de volheid van de eigendom afgesplitst deel der eigenaarsbevoegdheden, dat een afzonderlijk bestaan is gaan voeren en door het recht als zelfstandige – in het algemeen voor vervreemding vatbare – zaak is erkend. Bij de niet-zakelijke gebruiksrechten echter zijn de bevoegdheden van de gebruiker afhankelijk van het voortbestaan der overeenkomst met degene, die het gebruik toestond. Is deze de eigenaar der zaak, dan zal vervreemding door hem in beginsel tot gevolg hebben, dat het gebruiksrecht van zijn wederpartij door de opvolger in de eigendom niet behoeft te worden geëerbiedigd (art. 1354). Dit is door uitdrukkelijke wetsbepalingen slechts anders bij huur (art. 1612) en pacht (art. 34 der Pachtwet). Het feit, dat de persoonlijke gebruiksrechten wortelen in een (voortdurende) overeenkomst brengt echter voorts mede, dat – tenzij de overeenkomst een kwalitatief karakter draagt – de gebruiker zijn positie van contractspartij – zonder medewerking van de wederpartij – niet kan doen overgaan op een derde.

Dit spreekt duidelijk aan wanneer de overeenkomst een wederkerige is: aan de wederpartij kan immers niet tegen haar wil een nieuwe debiteur worden opgedrongen. Betreft het een eenzijdige overeenkomst, dan is het echter niet anders: de rechtspositie in de overeenkomst is niet voor overdracht vatbaar².

Dit alles neemt niet weg, dat een uit een zodanige overeenkomst voortvloeiend recht, i.c. het recht op genot voor de gebruiker, een bepaalde geldswaarde kan vertegenwoordigen, wanneer het voor een zekere tijd is verleend en derhalve niet voor directe opzegging vatbaar is, in het bijzonder, wanneer tengevolge van prijsbeheersingsmaatregelen van overheidswege de geldelijke tegenprestatie van het genot der zaak economisch niet meer het equivalent vormt van het gebruiksgenot. Voorts zal daarbij een rol spelen of de gebruiker het recht heeft krachtens wetsbepaling

¹ Anders Asser-Scholten-Wiarda p. 188

² Vgl. het hierboven op p. 74 opgemerkte, zie ook art. 1780, waarin wordt verondersteld dat de bruikleen zo hoogst persoonlijk kan zijn, dat zij zelfs eindigt bij het overlijden van degene, die ter leen ontving.

Vgl. ook H.R. 25 febr. 1955, N.J. 1955 No. 711, waarbij werd beslist, dat bij een creditovereenkomst tussen een bank en een client, de rechtspositie van laatstgenoemde van zo persoonlijke aard is, dat zij niet vatbaar is voor overgang op rechtverkrijgenden onder algemene titel, gelijk i.c. op de echtgenote door boedelmenging.

of overeenkomst zijn gebruiksgenot aan derden af te staan (art. 1595 en art. 32 der Pachtwet).

Met dit laatste is tevens de kern van het probleem geraakt: kan het recht op gebruiksgenot al worden afgestaan, daarmee is deze derde nog geen contractspartij geworden, doch is slechts een interne rechtsband tussen een der beide contractspartijen en hem ontstaan¹.

In de huwelijksgemeenschap vallen derhalve de rechten van de echtgenoot-huurder; het recht op huurgenot maakt van deze gemeenschap deel uit. Na de ontbinding der gemeenschap staan deze rechten echter niet meer onder bestuur van de echtgenoot-huurder, gelijk dit staande huwelijk ex art. 177 het geval was. Beide echtgenoten besturen thans tezamen, hetgeen volgens de Hoge Raad medebrengt, dat eenzijdige opzegging der huurovereenkomst door een der echtgenoten niet rechtsgeldig kan geschieden. Omtrent de feitelijke uitoefening van het huurgenot zal door de echtgenoten in onderling overleg intussen een regeling moeten worden getroffen met inachtneming van de goede trouw en de billijkheid. Aldus luidde, betreffende de echtelijke woning, het op p. 76 in noot (1) genoemde arrest van de Hoge Raad d.d. 9 mei 1952, tevens beslissende, dat bij gebreke van overeenstemming de rechter bevoegd is, met toepassing dezer zelfde beginselen de gedragslijn der echtgenoten te bepalen en zo nodig vast te stellen, dat een van hen de woning heeft te verlaten².

Hoewel de beslissing wel een aantrekkelijke regeling schijnt te geven, is moeilijk in te zien waarop deze rechtsmacht van de rechter zou moeten steunen. Ook acht ik het onjuist, dat het gezamenlijk besturen der ontbonden gemeenschap tot gevolg zou moeten hebben, dat opzegging van een overeenkomst slechts gezamenlijk kan geschieden. Deze opzegging vormt m.i. niet een bestuursdaad over een gemeenschapsgoed, doch een daad waartoe slechts de contractspartij *persoonlijk* bevoegd blijft. Vexatoire opzegging kan men met andere middelen bestrijden: staande huwelijk via art. 164b en na ontbinding van het huwelijk ex art. 1401.

Dit alles betreft de periode tussen de ontbinding en de scheiding en deling der huwelijksgemeenschap. Bij de scheiding echter zullen zonder medewerking van de verhuurder de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst slechts door de echtgenoot-huurder kunnen worden overgenomen. Weliswaar kan een interne toescheiding van het huurgenot aan de andere echtgenoot en een – even interne – overname van des huurders verplichtingen door de andere echtgenoot plaats hebben, doch dit zal in het algemeen een weinig ideale rechtspositie zijn, daar de echtgenoot-huurder jegens de verhuurder contractspartij blijft. Bovendien lijkt mij deze rechtsfiguur slechts mogelijk, indien uit wet of overeenkomst

¹ Voor de maatschap is deze figuur in art. 1678 op de juiste wijze getekend.

² Het arrest is geannoteerd in N.J. door Houwing en in *Ars Aequi* 1952/53 (p. 40) door Drion.

een bevoegdheid tot afstand van zodanig genot voortvloeit. De mening van Asser-Scholten-Wiarda (p. 191) kan ik daarom niet delen. Wordt niettemin een zodanige interne toescheiding en schuldovername tot stand gebracht, dan kan van de geldelijke gevolgen hiervan tussen partijen verrekening worden gevorderd¹.

Het aandeel in een maat- of vennootschap

De toetreding tot een maat- of vennootschap, de naamloze vennootschap daaronder niet begrepen, schept voor de vennoot een aantal rechten en verplichtingen, die deels wel, deels niet, op geld waardeerbaar zijn. Wij zullen thans aan de hand der hierboven ontwikkelde gedachten de verhouding daarvan tot de huwelijks-gemeenschap, waarin de vennoot huwt of gehuwd is, bepalen. Voorop staat weer het beginsel, dat de echtgenoot-vennoot de contractspartij is in de rechtsband tot zijn medevennoten, die wordt gevormd door de maat- of vennootschapsvereenkomst. De andere echtgenoot verkrijgt dan ook in de maat- of vennootschap geen enkele zeggingsmacht, de vennootschappelijke verhouding verdraagt zulks niet (art. 1678). Dit neemt niet weg, dat zoals dit ook bij de huurovereenkomst het geval was, de aan het vennoot-zijn verbonden vermogensrechten in de gemeenschap vallen. Ik zie geen reden hiervan uit te zonderen het mede-eigendomsrecht van de vennoot in het vennootschapsvermogen. Weliswaar neemt men doorgaans aan, dat dit mede-eigendomsrecht gedurende het bestaan der vennootschap onvervreemdbaar is, doch zomin als dit bij het recht van gebruik en bewoning een bezwaar was tegen het vallen in de huwelijksgemeenschap, zomin kan dit hier beslissend zijn. De bestuursmacht over dit mede-eigendomsrecht is echter verbonden met de kwaliteit van vennoot; zij is m.i. per definitionem deel der hierboven genoemde zeggingsmacht². Het vennootschappelijk verband verdraagt immers geen medebestuur van een derde over het vennootschapsvermogen.

¹ In zijn antwoord op Rvr II in W P N R 4720 wekt Van der Ploeg de indruk het H R arrest van 9 mei 1952 ook te willen toepassen op de toedeling van het pachtgenot in de scheiding en deling. In mijn opstel „Zwarigheden vóór en na de boedelscheiding” (W P N R 4660) heb ik deze niet op de wet gegronde uitbreiding van de rechtsmacht van de rechter reeds verworpen. Overigens meen ik, dat ook door Van der Ploeg t a p voldoende *pachtvereenkomst* en *pachtgenot* wordt onderscheiden. Slechts bij de scheiding na de dood van de pachter is opvolging in de pachtvereenkomst mogelijk via art. 54 Pachtwet.

² Zie over de vraag of het maatschapsvermogen een vorm van gebonden mede-eigendom is. Asser-Kamphuisen p. 479 en de aldaar aangehaalde litteratuur. In de weinig gevolgde leer van deze schrijver, dat hier van vrije mede-eigendom sprake zou zijn, lijkt mij de aan de orde gestelde vraag tot een tegen-gestelde oplossing te voeren, daar op deze wijze de bestuursmacht over de goederen juridisch-technisch losgekoppeld wordt van het vennootschappelijk verband. Als de echtgenoot-maat zijn aandeel, zelfs in een bepaald goed, vervreemden kan, lijkt het mij a fortiori juist, dat hij na ontbinding der huwelijksgemeenschap zijn bestuursmacht over zijn mede-eigendomsrecht met de andere echtgenoot moet delen en tijdens het bestaan der huwelijksgemeenschap het bestuur erover aan de andere echtgenoot kan overdragen.

Tijdens het bestaan der huwelijksgemeenschap zou dit trouwens reeds geen problemen opleveren door de regeling van art. 177, die maakt dat de echtgenoot-vennoot zelf bestuurt. Op de zo juist genoemde grond is echter een bestuursoverdracht aan de andere echtgenoot uitgesloten; ook door de ontbinding der gemeenschap treedt geen verandering in. De bestuursmacht van de vennoot blijft immers aan zijn persoon verknocht. Op deze wijze doet men, naar ik meen, recht wedervaren aan het doel van zowel huwelijksgemeenschap als vennootschap. Men frustreert het laatste niet en maakt geen grotere inbreuk op het eerste dan nodig is. Met name zie ik derhalve geen reden om aan te nemen, dat het aandeel in de maat- of vennootschappelijke mede-eigendom buiten de huwelijksgemeenschap zou blijven¹. Bij de scheiding en deling der ontbonden huwelijksgemeenschap kan dit aandeel op de bovengeschetste gronden uitsluitend aan de echtgenoot-vennoot worden toebedeeld.

Tegen dit alles pleit echter, dat de Hoge Raad thans opnieuw zijn leer heeft bevestigd bij arrest van 15 december 1961 (R.v.d.W. 1961 no. 32) met de motivering, dat de „aard der overeenkomst van vennootschap” zich tegen het vallen in de gemeenschap verzet; hoezeer ik dit argument ook niet nieuw en onvoldoende acht, de vraag rijst of wij de Hoge Raad in deze niet moeten volgen. Te bedenken valt, dat het arrest is gewezen onder vigueur der nieuwe wet, bij welker totstandkoming de wetgever door de redactie van art. 175 lid 2 juist de inschakeling van de rechter heeft gewild.

Auteurs- en octrooirecht

Deze rechten vertonen een persoonlijke binding tot de echtgenoot die deze oorspronkelijk heeft verworven. Zij zijn echter verveemdbaar en om deze reden is toedeling aan deze echtgenoot na de ontbinding der huwelijksgemeenschap, waarin zij zonder twijfel vallen, zeker niet rechtens noodzakelijk, wanneer deze ontbinding plaats had door een andere oorzaak dan het overlijden van de echtgenoot, te wiens name het recht stond. Wel kunnen de beginselen van goede trouw en billijkheid tot zulk een toedeling leiden.

¹ Aldus ook – sober gemotiveerd – Asser-Scholten-Wiarda p 193 Meestal oordeelt men anders (vgl. De Bruijn p, 212, Klaassen-Eggens-Polak p 13 en Pitlo-Meyling I p. 171) in navolging van de arresten van de H R d d 2 februari 1877, W 4082, en 26 april 1907, W 8534, sober gemotiveerd met de overweging, dat resp. het „afgezonderd vermogen der vennootschap” en het „vennootschappelijk verband” zich tegen het vallen in de gemeenschap verzetten en slechts een waardeverrekening toelaten

M i zijn dit echter niet meer dan woorden, die niet waar kunnen maken, dat zij dit gevolg zouden moeten dragen. De Bruijn p 213/214 steunt de H R met m i negatieve argumenten, die te weerleggen zijn, indien men inziet, dat de bestuursmacht over het vennootschapsvermogen deel is der vennootschappelijke – dus persoonlijke – zeggenschap. Wel valt in deze visie het mede-eigendomsrecht van de vennoot in het faillissement van zijn faillerende echtgenote, doch dit vermogensrecht vormt op zich geen voor de failliete boedel realiseerbare bate

Voor een aanspraak op toedeling zal geen grond aanwezig zijn, indien het om een auteurs- of octrooirecht gaat, dat door bv. aankoop werd verkregen en derhalve niet van oorspronkelijke aard is; hier ontbreekt immers de persoonlijke verknochtheid. Anders zal het echter kunnen zijn, indien het recht door erfopvolging werd verkregen.

Vergunningen

Men zal hierbij onderscheid moeten maken tussen overdraagbare en niet-overdraagbare vergunningsrechten. Met betrekking tot laatstgenoemde rechten zal hetzelfde gelden als voor de rechten van gebruik en bewoning; betreffende eerstgenoemde komt aan de echtgenoot-vergunninghouder hoogstens een aanspraak op toedeling toe.

Fideicommissaire goederen

Is een der echtgenoten fideicommissair bezwaarde met bewaarplicht, dan geldt ten aanzien van de in het fideicommiss begrepen goederen slechts een zeer beperkte mogelijkheid tot vervreemding (art. 1032). Weliswaar spreekt deze bepaling slechts van onroerende goederen, renten en schuldvorderingen, doch naar ik meen, drukt het artikel het beginsel der bewaarplicht uit, die voor alle fideicommissaire goederen geldt. Slechts vanwege de werking van art. 2014 heeft men de roerende lichamelijke goederen en toonderrechten niet genoemd¹.

Dit echter betreft slechts de mogelijkheid tot *onvoorwaardelijke* vervreemding; daarnaast is de bezwaarde vrij in vervreemding onder bezwaar van het fideicommissaire verband. In dit laatste geval verwerft de verkrijger derhalve slechts het beperkte recht van de bezwaarde, dat hem bij de dood van laatstgenoemde ontvallen zal, indien de verwachter dan in leven is.

Deze mogelijkheden nu omlijnen de rechtsverhouding met betrekking tot de huwelijksgemeenschap waarin de bezwaarde deelgenoot is. Er is geen enkel bezwaar om de fideicommissaire rechten van de bezwaarde in de huwelijksgemeenschap te doen vallen. Bij de scheiding en deling der ontbonden gemeenschap zou toedeling der fideicommissaire goederen aan de andere echtgenoot in onbezwaarde eigendom een vervreemding betekenen in strijd met het beginsel der bewaarplicht. Deze toedeling is derhalve slechts mogelijk met rechterlijk verloop, indien aan de in art. 1032 gestelde voorwaarden is voldaan. Zonder dit verloop is slechts toedeling aan de andere echtgenoot mogelijk met behoud van het fideicommissaire verband.

Tenslotte zij ten overvloede opgemerkt, dat indien de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden door het overlijden van de

¹ Aldus ook Klaassen-Eggens-Polak p. 384; anders Asser-Meijers-Van der Ploeg p. 476/477. Zie ook de bij laatstgenoemden p. 477 in noot 1 opgesomde literatuur.

echtgenoot-bezwaarde, hierdoor de verwachter tot de eigendom der fideicommissaire goederen komt, na toescheiding daarvan aan de nalatenschap van de bezwaarde zonder waardeverrekening. Buiten dit geval echter zal hun waarde bij de scheiding en deling verrekend *moeten* worden. Deze waarde zal i.h.a. zijn de contante waarde van het geschatte toekomstige genot der goederen, vermeerderd met de waarde van de kans dat de verwachter vóór de bezwaarde overlijdt.

Fideicommiss de residuo

Van het bovenbedoelde fideicommiss onderscheidt zich het fideicommiss de residuo juist door de vrijheid van de bezwaarde tot vervreemding van de daarin begrepen goederen. Deze vrijheid kan slechts door de insteller beperkt worden door een schenkingsverbod (art. 1036). Deze gegevens bepalen wederom de rechtsverhouding in de huwelijksgemeenschap; de bezwaarde heeft over de goederen in principe de volledige beschikkingsmacht. Dit recht valt in de huwelijksgemeenschap. Voor beperking der rechtsgevolgen daarvan zie ik geen reden; met name zie ik niet waarom aan de bezwaarde echtgenoot een voorkeursrecht tot toedeling zou toekomen. De scheiding der ontbonden gemeenschap is immers een handeling, waarin hij partij is en een toedeling der goederen aan de andere echtgenoot vormt een vervreemding, waartoe de bezwaarde volledig bevoegd is. Slechts indien een schenkingsverbod is opgelegd, zal dit anders zijn indien de toedeling aan de andere echtgenoot om niet zou geschieden, daar zulks onder het schenkingsverbod zou vallen.

Geschiedt de toedeling echter met verrekening der waarde, dan bepaalt dit tevens de rechten van de verwachter. Deze zal immers slechts recht hebben op hetgeen onvervreemd en onverteerd is gebleven (artt. 928 en 1038). Dit sluit in, dat het beginsel der zaaksvervanging toepassing vindt, hetgeen in concreto betekent, dat de scheiding en deling der gemeenschap zal uitmaken wat van het fideicommiss is overgebleven¹.

Zelfs indien dus alle fideicommisgoederen aan de andere echtgenoot of diens erfgenaam worden toebedeeld, zal de verwachter – mits deze toedeling om baat geschiedde – niet zijn rechten verliezen, daar dan hetgeen daarvoor als tegenwaarde aan de bezwaarde werd toegescheiden het residu zal uitmaken. Is de gemeenschap op andere wijze ontbonden dan door het overlijden van de bezwaarde, dan behoudt de bezwaarde na de scheiding en deling het residu met bevoegdheid tot verdere vervreemding en vertering.

Vindt de ontbinding der gemeenschap echter plaats door de

¹ In deze zin ook Asser-Meyers-Van der Ploeg p 490 en De Bruijn p 205. Anders echter in verschillende zin Buining (Prae-advies Broederschap der Cand. Notarissen 1952 p 48), Fitlo (id p 142 e v) en de overige door Asser-Meyers-Van der Ploeg t a p (in noot 2) genoemde schrijvers.

dood van de bezwaarde, dan komt de verwachter terstond tot het residu, dat echter door de scheiding als bovengeschetst dient te worden geconcretiseerd. Daarbij kan hij zelfstandig waken tegen een eventuele verkorting zijner rechten.

De verwachting tijdens het bezwaar

Doorgaans wordt geleerd, dat zolang het recht van de bezwaarde voortduurt, slechts van een rechtsverwachting voor de verwachter gesproken kan worden. Zijn verkrijging is afhankelijk van het onzekere feit of hij de bezwaarde zal overleven. De wet stelt het rechtsgevolg van dit feit afhankelijk; in dit geval kan naar de heersende leer zelfs niet van een voorwaardelijk *recht* gesproken worden, zodat er i.c. niets is, dat in de gemeenschap waarin de verwachter is gehuwd, kan vallen¹. Bij de verdeling van een ontbonden gemeenschap behoeft dan ook in deze visie met de omstandigheid, dat een der echtgenoten verwachter is van een fideicommissis geen rekening te worden gehouden. Naar ik meen, is deze leer echter niet houdbaar. Aan de verwachter staan verschillende rechtsmiddelen ter beschikking (artt. 1026 t/m 1030 en 1034), terwijl de nalatenschap van de insteller is opengevallen, zodat aan vervreemding van zijn recht niets in de weg staat. Ik meen dan ook, dat het recht van de verwachter voor de geschatte waarde in de gemeenschap valt.

Goederen onder testamentair bewind

Is of wordt een der echtgenoten eigenaar krachtens erfopvolging of legaat van goederen, die overeenkomstig art. 1066 door de erflater onder bewind zijn gesteld, dan rijst de vraag of deze goederen volledig, dan wel slechts met beperkt rechtsgevolg, in de huwelijksgemeenschap vallen, waarin de verkrijger huwt, resp. is gehuwd. Een der materieelrechtelijke aspecten van testamentair bewind is – naar vrijwel algemene opvatting – dat de betrokken goederen slechts vervreemd kunnen worden met medewerking van de bewindvoerder. Deze beperkte vervreemdbaarheid is echter – overeenkomstig bovenstaande beschouwingen – onvoldoende grond om de betrokken goederen van de gemeenschap uit te sluiten. Het huwen in algehele gemeenschap van goederen is geen daad van vervreemding. Wel kan de scheiding en deling na ontbinding der huwelijksgemeenschap deze inhouden. Hier treffen wij immers een zakelijke overeenkomst aan, die wanneer zij toedeling der betrokken goederen aan de andere echtgenoot inhoudt, een daad van vervreemding is, waartoe de bewindvoerder dient mede te werken.

Het wil mij dus voorkomen, dat het wenselijk is aan de betrok-

¹ Vgl. Asser-Meijers-Van der Ploeg p. 480 en de daar aangehaalde jurisprudentie en litteratuur. De Bruijn p. 206 is hier m.i. niet duidelijk; wel komt hij tot gelijk resultaat, doch duidt hij de verwachting nu al of niet als een vermogensrecht?

ken echtgenoot een aanspraak op toedeling toe te kennen¹. De bewindvoerder zal hierop dan toezien; slechts indien zowel de betrokken echtgenoot als zijn bewindvoerder samen anders willen, kunnen de goederen bij de scheiding verloren gaan.

Het spreekt vanzelf, dat er geen problemen zijn wanneer de gemeenschap door het overlijden van de echtgenoot, te wiens laste het bewind werd ingesteld, wordt ontbonden, daar het bewind dan terstond eindigt. Buiten dit geval biedt slechts de waardeverrekening van de in de scheiding betrokken goederen onder bewind dan nog een moeilijkheid, zo deze goederen meer dan de helft van de waarde der gehele gemeenschap uitmaken en beide partijen vorderen waarop zij recht hebben. De meest aanvaardbare oplossing, die zowel aan het doel der huwelijksgemeenschap als aan dat van het bewind recht doet wedervaren, is dan deze, dat indien de onder bewind gestelde goederen aan de echtgenoot, te wiens laste het bewind werd ingesteld, worden toebedeeld en de overige goederen aan de andere echtgenoot toevallen, de laatste voor de helft van het waardeverschil een vordering wegens overbedeling ten laste van eerstgenoemde verkrijgt, die eerst bij het einde van het bewind opeisbaar wordt².

Lijfrente

Het recht op een lijfrente is in beginsel een vervreemdbaar vermogensrecht; het is gebonden aan de levensduur van een bepaald persoon, doorgaans de lijfrentegenieter zelf (art. 1813). In dit laatste schuilt reeds een element van hoogst-persoonlijkheid, dat nog sterker naar voren treedt, indien bij de vestiging onvervreemdbaarheid – hetzij obligatoir, hetzij door verval van het recht bij overdracht – is bedongen. Vgl. hierover Asser-Kamp-huisen p. 691. Het wil mij voorkomen, dat het niet voor betwisting vatbaar kan zijn, dat zelfs in het laatste geval het recht in de algehele gemeenschap valt, waarin de lijfrentegenieter huwt of is gehuwd. Evenals bij het vruchtgebruik ligt de conclusie echter voor de hand, dat – in het bijzonder wanneer het recht gebonden is aan de levensduur van de rechthebbende zelf – de redenen waarom de lijfrente werd gevestigd een dusdanig sterke persoonlijke binding scheppen, dat ondanks vervreemdbaarheid de goede trouw bij de scheiding en deling der ontbonden gemeenschap niettemin een aanspraak op toedeling aan de lijfrentegenieter zal medebrengen, zulks uiteraard tegen verrekening der contante waarde. Bij onvervreemdbaarheid zal deze toedeling zelfs noodzakelijk zijn. Ook nog niet ingegane lijfrenten zou ik tot de ge-

¹ Als in de tekst wordt dit meestal geleerd; zie Pitlo I p. 172 en De Bruijn p. 202. Van der Ploeg „Testamenteir Bewind” (ac. proefschrift Leiden 1945) p. 128 leert, dat onder bewind gestelde goederen buiten de huwelijksgemeenschap blijven. Behalve eerstgenoemde schrijvers anders: Hof Amsterdam 29 nov. 1951, N.J. 1952 no. 447.

² Vgl. hierover in verschillende zin: Van der Ploeg in W.P.N.R. 4340, De Bruijn p. 202 en Pitlo-Meijling I p. 172.

meenschap rekenen, indien ten tijde van de ontbinding der gemeenschap van een – zij het voorwaardelijk – vermogensrecht sprake is. Voor bij het overlijden van één der echtgenoten tengevolge van een overeenkomst van levensverzekering ontstane lijfrenten zou ik daarbij voorbehoud willen maken. Hierop zullen de hierna volgende beschouwingen omtrent levensverzekering toepasselijk zijn. Vgl. hieromtrent ook de artikelen van Klein (W.P.N.R. 4671 en 4703) en Spanjer (W.P.N.R. 3293 en 4693).

De lijfrentegenieter zal dus i.h.a. de contante waarde van zijn recht volledig met zijn echtgenoot moeten verrekenen. Niettemin zijn bijzondere omstandigheden mogelijk, waardoor de lijfrente zo hoogst persoonlijk is, dat een beperking der verrekening noodzakelijk is. Vgl. het hierna, betreffende het pensioenrecht, opgemerkte.

Pensioenrechten

Wij merkten hierboven op, dat de arbeidsovereenkomst – waarmee gelijk te stellen het ambt – tot de rechtsverhoudingen behoort, die de bron vormen, waaruit subjectieve vermogensrechten ontstaan. In casu zijn dit de vervallen loontermijnen van de werknemer, die in de gemeenschap vallen waarin hij is gehuwd. Gelijk ook bij de alimentatieverhouding, mag men echter nimmer bij de ontbinding dezer gemeenschap daartoe rekenen de contante waarde van toekomstige, nog niet vervallen, loontermijnen. Er is immers geen verkregen recht op loon: dit is afhankelijk van het voortduren van de arbeidsprestatie (art. 1638b) en deze laatste vormt een hoogst persoonlijke, immers van de persoon van de werknemer afhankelijke, factor.

Aan velerlei dienstbetrekkingen zijn pensioenrechten verbonden. In zekere – meer economische dan juridische – zin kan men hier spreken van een recht op „uitgesteld loon”. Het lijkt mij echter onjuist met deze zegswijze de juridische problemen in dit verband te willen oplossen door aan te nemen, dat op deze grond tot de gemeenschap geen recht op toekomstige pensioentermijnen kan behoren, zodat ook bij de ontbinding der gemeenschap met pensioenrechten geen rekening behoeft te worden gehouden¹.

Anders dan tijdens het bestaan der arbeidsovereenkomst is toch hier geen afhankelijkheid meer aanwezig van hoogst persoonlijke, alleen de werknemer betreffende, omstandigheden; hier heeft de betrokkene een recht op periodieke uitkeringen verkregen, dat nog slechts zal afhangen van zijn levensduur. Er is m.i. op zich dus geen enkele grond om hier anders te oordelen dan bij de lijfrente. Men kan echter het verzorgingskarakter van het pensioen, alsmede van geval tot geval verschillende omstandigheden, in het geding brengen en stellen, dat indien aan het vallen in de gemeenschap volledig rechtsgevolg zou worden toegekend en het recht dan ook voor de volle contante waarde bij de scheiding der ont-

¹ Van deze m.i. te simplistische zienswijze gaat De Bruijn p. 196/197 uit.

bonden gemeenschap in aanmerking zou worden genomen, het resultaat daarvan zou zijn, dat het recht langs de weg der verrekening mede ten goede zou komen aan de andere echtgenoot, wiens verzorging echter niet werd beoogd¹.

Naar ik meen zou zo een te absolute gedachtengang worden gevolgd en te weinig betekenis worden toegekend aan het feit, dat art. 175 lid 2 relativiserende kracht heeft in de woorden „voor zover het bijzondere karakter... zich daartegen niet verzet”. Aan de hand van deze soepele regel kan men zonder bezwaar het pensioenrecht in de gemeenschap doen vallen², doch de gevolgen hiervan naar omstandigheden beperken. Deze beperking zou men op grond van de bovengenoemde verzorgingsgedachte aldus kunnen vinden, dat de pensioengerechtigde echtgenoot het pensioenrecht bij de verdeling der ontbonden gemeenschap krijgt toebedeeld, doch terzake van deze toedeling niet tot een uitkering wegens overbedeling kan worden verplicht³, ook al zou de contante waarde van het pensioen meer dan de helft van het saldo der gemeenschap uitmaken. Echter worden m.i. ook op deze wijze nog niet alle aspecten van het pensioenrecht voldoende gewaardeerd.

Dit is ook niet wel mogelijk, daar de feitelijke en juridische varianten talrijk zijn. Zo kan het pensioen vervreemdbaar of onvervreemdbaar zijn, daarnaast zou men kunnen onderscheiden tussen ingegane en niet-ingegane pensioenen en tenslotte kan de te nemen beslissing afhankelijk zijn van de vraag of de pensioengerechtigde echtgenoot de gemeenschap moet delen met zijn vrouw, dan wel met haar erfgenamen, wellicht anderen dan haar kinderen. Het is n.m.m. niet doenlijk voor al deze varianten en/of combinaties daarvan regels op te stellen. Naar de aard van het geval zal de verrekenplicht betreffende de waarde der pensioenaanspraken hier bepaald moeten worden. Ik kan mij daarbij gevallen voorstellen, waarbij de verrekenplicht geheel komt te vervallen, zo bv. indien de pensioengerechtigde de gemeenschap moet delen met verre aanverwanten. Echter ook een volledige verrekening is denkbaar indien bv. tussen echtgenoten wordt afgerekend, terwijl het pensioenrecht is verkregen door langjarige betaling van aan de gemeenschap onttrokken premies. Wel kan als regel worden aanvaard, dat ook onvervreemdbaar gestelde pensioenen in de gemeenschap vallen en voorts, dat in gelijke zin

¹ Het was deze redenering, die het Hof te 's-Gravenhage op 24 jan 1959 deed beslissen, dat het pensioenrecht ex art. 175 lid 2 buiten de gemeenschap moet blijven. Aldus ook H R 7 okt 1959 B N B 1959 no 355, waarbij het cassatieberoep tegen dit arrest werd verworpen, Schuttevaer (annotatie van dit arrest) en Russchen in „De Verzekeringsbode” van 5 febr 1960. Vgl. echter ook Van der Ploeg in W P N R 4614, Westbroek (in na te noemen prae-advies p 104) en Lubbers in W P N R 4701 t a p, die terecht tegen deze visie opkomen.

² In de toelichting op art. 175 lid 2 van zijn Ontwerp, waaraan art. 175 lid 2 is ontleend, noemde Meijers i c juist het pensioenrecht als voorbeeld.

³ In deze zin Van der Ploeg in W P N R 4614, vgl. diens voorbeelden op p 41 t a p. Vgl. ook Westbroek „Problemen van Levensverzekering” (prae-advies Broederschap Cand. Notarissen 1960) p. 104.

moet worden geoordeeld t.a.v. een nog niet ingegaan pensioen.

De conclusie uit dit alles is, dat het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 1959 m.i. niet aanvaardbaar is, noch uit rechtswetenschappelijk, noch uit maatschappelijk oogpunt. Anders dan in de beslissing omtrent het maat- of vennootschapsaandeel kan dit arrest daarom hier geen rol spelen.

Levensverzekering

In deze beschouwing van bepaalde vermogensrechten in hun relatie tot de huwelijksgemeenschap, zou ik ook de rechten uit de overeenkomst van levensverzekering willen betrekken. Men behoort hierbij – naar algemeen wordt aanvaard – te onderscheiden tussen het geval, dat de nemer van de verzekeraar een uitkering bedingt en daarbij herroepelijk een derde als begunstigde aanwijst – of niemand als zodanig aanwijst – en het geval, dat hij op onherroepelijke wijze zodanige aanwijzing doet.

In het eerste geval blijft het recht op de zgn. contante waarde van de polis tot het tijdstip der uitkering – onderstellen wij dat dit het overlijden van de nemer is – deel uitmaken van zijn vermogen, terwijl in het tweede geval de begunstigde bij acceptatie een onmiddellijk recht verwerft, nl. het recht op de uitkering, zij het, dat dit recht door voorwaarde en tijdsbepaling is opgeschort¹. In dit geval is het recht van de nemer op de contante waarde verloren gegaan.

De vraag rijst thans of de aldus aan de nemer, resp. aan de begunstigde, toegekende rechten in de gemeenschap vallen, waarin hij huwt of is gehuwd. In beginsel is dit zeker het geval; deze rechten hebben immers op zich geen zodanig hoogst persoonlijk karakter, dat men tot uitschakeling der hoofdregel zou moeten besluiten². Bij de herroepelijke aanwijzing valt derhalve het recht op de contante waarde in de huwelijksgemeenschap van de nemer, terwijl bij de onherroepelijke aanwijzing in gelijke zin behoort te worden geoordeeld ten aanzien van het recht van de begunstigde met betrekking tot de gemeenschap waarin deze is gehuwd. Wel kan, naar ik meen, indien in het eerstbedoelde geval de gemeenschap wordt ontbonden door een andere oorzaak dan het overlijden van de nemer, deze laatste bij de scheiding een recht op toedeling der hem toekomende rechten uit de verzekeringsovereenkomst doen gelden, gelijk i.h.a. een recht op toedeling zal bestaan voor de begunstigde in het tweede geval, indien de gemeenschap waarin de begunstigde is gehuwd ontbonden wordt anders dan

¹ Op deze beide grondfiguren zijn nog verschillende varianten mogelijk; eenvoudigheidshalve beperk ik mij echter hiertoe. Vgl. in het algemeen omtrent deze materie: Van Oven in W.P.N.R. 3193-94. De Bruijn p. 208-212, Dekkers en Westbroek in meergemeld prae-advies Broederschap Cand. Notarissen 1960, F. Kleijn in W.P.N.R. 3856/58, Asser-Scholten-Wiarda p. 194.

² Vgl. H.R. 5 dec. 1913, N.J. 1914 p. 257, m.o.v. Meijers, beslissende, dat aan de faillissementscurator van de nemer, die een herroepelijke aanwijzing had gedaan, het recht toekwam de begunstiging te wijzigen.

door diens overlijden. In beginsel zal daarbij volledige verrekening der toebedeelde waarde moeten plaatshebben.

Een zeer groot aantal levensverzekeringen worden echter juist staande huwelijk gesloten tussen in wettelijke algehele gemeenschap gehuwde echtelieden, waarbij de man als nemer optreedt en de vrouw wordt aangewezen als begunstigde van een uitkering in kapitaal en/of rente, die na het overlijden van de nemer moet worden uitgekeerd, terwijl de premies volledig uit de gemeenschap worden betaald. Ik ga er hierbij vanuit, dat art. 1715 in deze geen toepassing vindt en dat derhalve de aanwijzing een verzorgingskarakter draagt¹. Wanneer nu de gemeenschap wordt ontbonden door een andere oorzaak dan het overlijden van de nemer, is het m.i. ook hier niet onredelijk aan de laatste een aanspraak op toedeling toe te kennen van de hem toekomende rechten uit de verzekeringsovereenkomst, zo de aanwijzing herroepelijk geschiedde, terwijl indien de aanwijzing onherroepelijk geschiedde en aan de vrouw na acceptatie een recht op de uitkering toekwam, men te haren opzichte i.h.a. in gelijke zin zal moeten oordelen. Volledige verrekening zal m.i. ook hierbij regel zijn wanneer de ontbinding der gemeenschap haar oorzaak vindt in echtscheiding of scheiding van tafel en bed en de verkrijger der rechten de schuldige is aan deze vorm van ontbinding. Wordt evenwel de gemeenschap ontbonden door het overlijden van de nemer, zo ontstaat de vraag of het recht van de vrouw nog tot de ontbonden gemeenschap behoort, dan wel als geheel daaraan onttrokken moet worden beschouwd, hetgeen men zich a fortiori moet afvragen in het geval van herroepelijke aanwijzing, daar het recht op de uitkering hierbij eerst voor de begunstigde ontstaat en wel, volgens constante jurisprudentie, rechtstreeks tegen de verzekeraar².

Verdedigd is hier onlangs de opvatting, dat indien de verzekering een verzorgingskarakter draagt, de aanwijzing onherroepelijk geschiedde en verdere omstandigheden aanwezig zijn, die haar op een pensioen doen gelijken³, het recht der vrouw als aan de gemeenschap onttrokken moet worden beschouwd, met dien verstande dat de waarde van dit recht moet worden verrekend op zodanige wijze, dat zij door deze verrekening haar recht niet weer geheel of ten dele ziet verloren gaan⁴.

In het algemeen zou ik echter de voorkeur willen geven aan de leer, dat bij een aanwijzing van de vrouw als begunstigde staande huwelijk, ter voldoening aan een jegens haar bestaande natuurlijke verbintenis tot verzorging van haar onderhoud – waardoor dus deze verplichting tot een civiele verbintenis wordt

¹ Vgl. het hieromtrent in noot 1 op pag. 58 opgemerkte.

² Zie H.R. 29 juni 1888, (W. 5588), 22 jan. 1904 (W. 8024) en 10 maart 1922 N.J. 1922 p. 439.

³ Zodat aanwezig is, hetgeen door Westbroek t.a.p. (p. 79) een „beschermde” verzekering wordt genoemd.

⁴ Vgl. Westbroek t.a.p. p. 104, die aansluiting zoekt bij de mening van Van der Ploeg in W.P.N.R. 4614 omtrent pensioenrechten; zie p. 88 noot 3.

verheven – zij steeds hierdoor een buiten de gemeenschap vallende aanspraak verwerft¹, indien de gemeenschap door het overlijden van haar echtgenoot wordt ontbonden. Tot enige verrekening van de waarde kan zij dan m.i. niet worden verplicht.

De legitieme portie

Tot de gemeenschap behoren mede te worden gerekend de subjectieve vermogensrechten, die men thans als „wilsrechten” pleegt aan te duiden. Het recht een beroep te doen op het wettelijk erfdeel (artt. 960 e.v.) is zulk een wilsrecht. Voor een beperking der rechtsgevolgen van het vallen in de huwelijksgemeenschap zie ik voor dit recht geen reden. Art. 967 lid 1 (in fine) wijst er reeds op, dat van een hoogst persoonlijke binding aan de persoon van de legitimaris niet gesproken kan worden, daar het minstens de mogelijkheid van overgang onder algemene titel erkent. De inroeping door de faillissementscurator van de aan de failliet toekomende legitieme portie vindt algemeen erkenning², terwijl ook vervreemding van het recht onder bijzondere titel m.i. mogelijk is als onderdeel van de overdracht der erfportie, waarin naar mijn inzicht de overdracht van het recht de legitieme van de vervreemder in te roepen is besloten. In deze opvatting zijn derhalve onder de „rechthebbenden” van art. 967 lid 1, mede rechtverkrijgenden onder bijzondere titel begrepen³. Doch ook al zou dit laatste anders zijn, het zou onvoldoende reden opleveren het wilsrecht of zijn waarde van de gemeenschap uit te sluiten. De omstandigheden kunnen echter medebrengen dat bij de scheiding der ontbonden gemeenschap de goede trouw zal spreken ten gunste van een toescheiding aan de echtgenoot-legitimaris.

Rehabilitatie-witkeringen

In de gemeenschap vallen geen verwachtingen van toekomstige baten, indien ten tijde harer ontbinding hierop nog geen enkele, in rechte erkende, aanspraak bestaat. Men verwarre deze verwachtingen dus niet met erkende aanspraken, wier realisering echter nog door de vervulling van een voorwaarde of tijdsbepaling is opgeschort. Deze zullen bij de scheiding en deling op hun contante

¹ Aldus Van der Ploeg in antw. op Rvr. V in W.P.N.R. 4473. Diens argument, dat het zo al moet zijn, daar anders de aanspraak der vrouw „door vermenging” teniet zou gaan – welke redenering door Westbroek t.a.p. p. 80 met overtuiging wordt onderschreven – acht ik echter onjuist. Lezing van art. 1472 leert reeds, dat hier van schuldvermenging geen sprake is; dat vordering en schuld beide tot de huwelijksgemeenschap behoren is iets geheel anders. Dat deze figuur zich rechtens kan voordoen en tegelijk praktische waarde bezit is te lezen in H.R. 23 dec. 1960, N.J. 1961 no. 86 en *Ars Aequi* 1961 p. 235 m.o.v. De Bruijn.

² Vgl. H.R. 31 jan. 1902, W. 7709. Zie ook H.R. 13 april 1956, N.J. 1956, no. 247 en H.R. 5 jan. 1937, N.J. 1937 no. 551.

³ Vgl. Klaassen-Eggens-Polak p. 287 e.v. en de aldaar genoemde vóór- en tegenstanders dezer opvatting.

waarde moeten worden getaxeerd en op die basis in de verdeling worden betrokken¹.

De bedoelde verwachtingen hebben in het jongste verleden in de lagere jurisprudentie een rol gespeeld in de vorm der zgn. „rehabilitatie-uitkeringen”. Het betrof hier uitkeringen van overheidswegen toegekend als een tegemoetkoming in de door betrokkene in het toenmalig Nederlands-Indië geleden oorlogsschade. De toekenning geschiedde na de ontbinding van het huwelijk van betrokkene, doch had betrekking op tijdens het bestaan der huwelijksgemeenschap geleden schade. Naar ik meen bestond hier ten tijde van de ontbinding der gemeenschap nog geen aanspraak, ja waarschijnlijk zelfs nog geen verwachting dat een zodanige aanspraak zou worden toegekend. Het ogenblik der ontbinding is het beslissende moment voor de vaststelling van hetgeen later in de scheiding moet worden betrokken; of de aanspraak ontstaat vóór of na de scheiding en deling is onverschillig.

Iets anders is of niet de echtgenoot, die de uitkering zal ontvangen, verplicht is daarvan de helft aan de andere echtgenoot af te geven op grond van de baatrekkingsgedachte of uit hoofde van het beginsel der ongerechtvaardigde verrijking. Dit zal mede afhankelijk zijn van de vraag of de uitkering bedoeld is voor het gezin en dus tevens voor de andere echtgenoot. De maatstaven, die bij de vaststelling van de grootte der uitkering zijn gehanteerd, zullen hier licht verschaffen. Het is duidelijk, dat dit echter niets meer met een tussen partijen bestaan hebbende huwelijks-gemeenschap te maken heeft. De verplichting tot afgifte van de helft of een ander gedeelte der uitkering zal dan immers evenzeer gelden indien tussen de echtgenoten géén vermogensgemeenschap heeft bestaan².

Vergoeding wegens toekomstige inkomstenderving

Enigszins het omgekeerde van het zo juist behandelde onderwerp, treffen wij aan, wanneer een rechtsverhouding of feitelijke verhouding, die zelf niet tot de vermogensrechten gerekend kan worden, een directe bate gaat opleveren door haar beëindiging. Geschiedt de afrekening hiervan tijdens het bestaan der gemeenschap, dan is de ontvangen som zonder twijfel bestanddeel daarvan, hoezeer zij ook deels wijst naar een toekomst, die wellicht slechts ten dele samenvalt met het voortduren der gemeenschap.

¹ Vgl hierover de uitvoerige beschouwing van De Bruijn p 220-224 en de aldaar opgesomde literatuur

² Aldus ook Rb. Amsterdam 14 jan 1958, N J. 1958 no 103, en Van der Ploeg in W P N R 4657 p 556 Anders. Rb Dordrecht 31 okt 1956, N J 1957 no 227 en Hof 's-Gravenhage 10 okt 1957, N J 1958, no 548 (de uitkering zou nog tot de gemeenschap moeten worden gerekend door extensieve interpretatie van art 175) Zie echter nog Hof 's-Gravenhage 26 okt 1960 N J 1961, no 334, vgl ook Van der Ploeg, antw, Rvr I in W P N R 4651 (uitkering door de Stichting Jokos) en antw Rvr I in W P N R 4560 (uitkering van zgn rappèl-pensioen) en Rb Amsterdam 20 dec 1960, N J 1961 no 187 (uitkering krachtens Bundesentschädigungsgesetz)

Deze bate heeft immers niets hoogst persoonlijk meer; wanneer de man derhalve een uitkering bij onteigening ontvangt wegens toekomstige inkomstenderving, is deze som geheel tot de gemeenschap te rekenen, ook al wordt deze gemeenschap kort daarna ontbonden¹. Ook een ontvangen schadevergoeding wegens toekomstige loonderving tengevolge van een onrechtmatige daad zou ik niet anders kunnen behandelen. De ontvangen som of de ter belegging daarvan aangekochte zaken dragen immers geen materieel kenmerk van hoogst-persoonlijkheid. Een ander oordeel zou men kunnen vellen, indien voor de ontvangen som een lijfrente is aangekocht, die een verzorgingskarakter draagt. Ik zou dan een recht op toedeling en naar omstandigheden een beperkte verrekenplicht, als hierboven bedoeld, willen aanvaarden.

Goodwill

Over de inhoud van dit begrip is reeds zoveel geschreven, dat hier met een verwijzing naar de bestaande literatuur kan worden volstaan². Gelijk bekend onderscheidt men belichaamde en onbelichaamde goodwill, naar de door de Advocaat-Generaal Lange-meijer gemaakte onderscheiding in zijn conclusie tot het „Dames-modebedrijf arrest”³. Voor ons is hier slechts van belang in hoeverre met goodwill moet worden rekening gehouden bij de bepaling van hetgeen de huwelijksgemeenschap omvat, indien een der echtgenoten een beroep of bedrijf uitoefent, waarin hetgeen men goodwill pleegt te noemen een rol speelt.

Met betrekking tot de belichaamde goodwill lijkt mij het antwoord op de gestelde vraag weinig moeilijkheden op te leveren. Hier zal vrijwel steeds sprake zijn van een onderneming, die een complex van baten en schulden omvat en waarbij de goodwill zich rekenkundig uit in het verschil tussen de som van de waarden der afzonderlijke activa en de waarde, die de totale onderneming in haar geheel als „going-concern” vertegenwoordigt, daar immers gelijk het in evengenoemd arrest werd uitgedrukt, „deze zaken in haar geheel een waarde hebben, welke uitgaat boven die van de afzonderlijke zaken”.

De vraag der belichaamde goodwill is er dus m.i. een van taxatie; of de goodwill een zaak is in de zin van art. 555 kan hierbij buiten beschouwing blijven. De zgn. onbelichaamde goodwill resteert dan in die gevallen, waarin een bedrijf wordt uitgeoefend waarbij de factor kapitaal slechts een geringe rol speelt, alsmede in de gevallen waarin een beroep in enge zin – zoals een arts- of advocatenpraktijk – wordt uitgeoefend. Hier kan de goodwill veelal niet tot uitdrukking worden gebracht in een verhoogde waardering der aanwezige bedrijfs- of beroepsmiddelen. Dan ech-

¹ Aldus ook Rb. Alkmaar 6 aug. 1959, N.J. 1960 no. 201.

² Vgl. o.a. Wiarda, W.P.N.R. 4343-4348; Van Oven: „De goodwill in het privaatrecht”, prae-advies Broederschap Cand. Notarissen 1953.

³ H.R. 9 maart 1951, N.J. 1952 no. 46.

ter zie ik ook geen reden deze soort goodwill te erkennen; zij bestaat slechts uit de mogelijkheid om een voordelige transactie te sluiten door „verkoop” van de affaire of de praktijk. Deze „verkoop” is echter een overeenkomst, die doorgaans bestaat uit twee verbintenissen van de „verkoper”: een tot doen – nl. tot aanbeveling van de opvolger bij patiënten of cliënten – verplichtend, de tweede tot niet-doen verplichtend, nl. tot het zich onthouden van concurrentie. Ik kan deze goodwill niet als een subjectief vermogensrecht aanvaarden; zij geniet geen bescherming in rechte en is niet voor beslag vatbaar. In het faillissement van haar „eigenaar” heeft nog geen curator haar realisering beproefd. Ook in de huwelijksgemeenschap mag zij daarom geen rol spelen. Waarom zou dan ook niet een man, wiens huwelijk bv. door echtscheiding ontbonden wordt en die door zijn capaciteiten de mogelijkheid bezit in de toekomst lucratieve betrekkingen te aanvaarden, bij de scheiding der huwelijksgemeenschap verplicht kunnen worden deze mogelijkheid in geld te waarderen en in de scheiding te betrekken als bate dezer gemeenschap? Ik zou zulks een ongehoorde verzakelijking achten van menselijke capaciteiten. Wie de onbelichaamde goodwill als zaak erkent, doet m.i. niet anders.

Met betrekking tot het in art. 175 lid 2 bepaalde speelt de goodwill dus geen rol; hoogstens kan men erkennen, dat de goede trouw en de billijkheid bij de verdeling der ontbonden gemeenschap naar omstandigheden kunnen leiden tot een aanspraak op toedeling aan de echtgenoot-ondernemer van de door hem gedreven onderneming, waarin de goodwill door een hogere waardering van het totaal der aanwezige bedrijfsmiddelen wordt voorgesteld.

§ 3. Uitsluiting van de gemeenschap door erflater of schenker (art. 175 lid 1 slot)

Naast de mogelijkheid, dat uit de aard der vermogensrechten zelve een gehele of gedeeltelijke terzijdestelling van de regels der wettelijke gemeenschap voortvloeit, erkent de wet voorts reeds in het slot van art. 175 (eerste lid) de bevoegdheid van de erflater of schenker om de universele werking der wettelijke gemeenschap te doorbreken.

Deze doorbreking draagt hier echter een welomschreven karakter. Zagen wij immers in de voorgaande beschouwingen, dat de flexibele regeling van art. 175 lid 2 verschillende mogelijkheden tot afwijking van de hoofdregel biedt, aangepast aan de aard van het betrokken recht, de inbreuk die hier door testamentair of contractueel beding kan worden gemaakt is slechts enkelvoudig: bepaald kan slechts worden dat het goed buiten de gemeenschap valt. Ik acht derhalve een bepaling, die wel het geschonkene of vermaakte goed zelf, doch niet zijn waarde, buiten de gemeenschap stelt, ongeoorloofd. Het adagium, dat indien in rechte het meerdere geoorloofd is verklaard, stilzwijgend – doch a fortiori – ook het mindere toelaatbaar is, gaat hier niet op.

Deze uitspraak zou ik willen gronden op het feit, dat de wet als hoofdregel de universaliteit der gemeenschap uitspreekt en daarvan slechts drieërlei soort afwijkingen toelaat:

1. de bevoegdheid tot modificatie door de – aanstaande – echtgenoten zelf, die daarbij een grote vrijheid bezitten, doch deze slechts kunnen uitoefenen bij huwelijksvoorwaarden (art. 174 in fine);
2. de hierboven behandelde afwijkingen, die voortvloeien uit de aard van bijzondere – hoogst persoonlijke – vermogensrechten (art. 175 lid 2);
3. de bevoegdheid van erflaters en schenkers, hier bedoeld (art. 175 lid 1 in fine).

Uit dit stelsel kunnen thans reeds twee gevolgtrekkingen worden gemaakt:

primo, dat onder de in art. 175 lid 1 genoemde schenkers niet de echtgenoten zelf begrepen mogen worden¹;

secundo, dat de bevoegdheid van erflaters en schenkers een bijzondere is, die zonder uitdrukkelijke wetsduiding niet zou bestaan².

Historisch is de ontstaansgrond der uitsluitingsclausule verklaard met een verwijzing naar de vrijheid van erflaters en schenkers aan de door hen bewezen liberaliteit hun goeddunkende bepalingen te verbinden. Men pleegt dan o.a. te verwijzen naar rechtsfiguren als bewind (art. 1066), fideicommiss (artt. 1020 e.v. en 1712), onttrekking aan de mogelijkheid tot inbeslagneming (art. 1823), onttrekking aan het wettelijk beheer (art. 357 lid 2 sub c) en onttrekking aan het ouderlijk vruchtgenot (art. 363). Het wil mij voorkomen, dat deze verwijzingen slechts de pretentie kunnen hebben te bewijzen, dat de wetgever ook wel elders aan de erflater of schenker bijzondere bevoegdheden heeft verleend. Insteede van toepassingen van een algemeen beginsel te zijn, zijn deze bepalingen derhalve te zien als exceptionele regelingen. Het bewind is immers een directe inbreuk op de vrijheid van de eigen-

¹ Uiteraard wel onder de erflaters, daar deze beschikkingen eerst bij dode werken, derhalve na de ontbinding van het huwelijk, zodat van „echtgenoten” niet meer gesproken kan worden

² In beide conclusies oordeel ik dus principieel anders dan De Bruijn p. 230 e.v. en in „Het sluiten van zaken buiten de huwelijksgemeenschap door erflaters en schenkers overeenkomstig art. 175 slot B.W.” (ac. proefschrift Utrecht 1945) Onze tegenstelling is intussen niet verwonderlijk, wie, gelijk De Bruijn, uitgaat van Voet's uitspraak in *Commentarius ad Pandectas* II 23 2 77, moet reeds mijn laatste conclusie verwerpen. Is echter een generaliserende uitspraak als: „Wat de echtgenoten zelf vrijstaat bij huwelijksvoorwaarden kan men aan een derde moeilijk verbieden” (De Bruijn p. 231) bij analyse wel houdbaar? De onhoudbaarheid blijkt, zodra men praktische toepassingen zoekt, echtgenoten kunnen bij huwelijksvoorwaarden de goederen zelf van de gemeenschap uitsluiten, doch t.a.v. hun waarde een verrekengemeenschap aangaan; zou men nu durven stellen, dat derden dit daarom ook kunnen? Bovendien veroordeelt men zo m.i. zichzelf t.a.v. mijn eerste stelling, daar op deze wijze implicite wordt toegegeven, dat de echtgenoten zelf slechts goederen van de gemeenschap kunnen uitsluiten bij huwelijksvoorwaarden

dom, evenals het fideicommissaire verband; het voorschrift van art. 1823 derogeert aan het algemeen beginsel van art. 1177; de regeling van de uit het gezag over minderjarigen voortvloeiende rechten zou geen inbreuken dulden, indien de wet deze niet in de artt. 357 lid 2 (sub c) en 363 uitdrukkelijk had toegelaten¹. Evenzo is de mogelijkheid, dat derden het goederenstelsel, waarin de begiftigde is gehuwd, doorbreken, exceptioneel; de beslissing over het al dan niet gemeen zijn hunner goederen, is door de wetgever immers in handen der echtgenoten zelf gelegd. Slechts bij huwelijksvoorwaarden – derhalve aan vorm gebonden – mogen zij het wettelijk stelsel modificeren. Schenkingen tussen echtgenoten zijn slechts bij uitzondering toegelaten (vgl. Hoofdstuk I § 10). De eerste uitzondering vormt de schenking bij huwelijksvoorwaarden (artt. 223 e.v.), waarbij de uitsluitingsclausule dus toegelaten is, echter niet ex art. 175 lid 1 (slot), doch *als regeling van huwelijksvoorwaarden*.

Slechts de cadeaux van art. 1715 (tweede lid) resteren dan als tweede uitzondering. Men zou zich kunnen afvragen wat de betekenis dezer schenkingen bij het bestaan der wettelijke gemeenschap is, indien tussen de echtgenoten zelf, buiten huwelijksvoorwaarden, de uitsluitingsclausule niet mogelijk is, terwijl een schenking toch eigendomsoverdracht onderstelt. Het antwoord lijkt mij te moeten zijn, dat hier van schenking in rechtskundige zin geen sprake is, daar de mogelijkheid tot eigendomsoverdracht ontbreekt. Het wil mij voorkomen, dat in wettelijke gemeenschap gehuwde echtelieden deze ook in het geheel niet beogen en dat het rechtsleven hieraan geen behoefte heeft. Wil men staande huwelijk vermogen aan de gemeenschap onttrekken, dan staat daartoe uitsluitend de weg der huwelijksvoorwaarden open, een weg, die vooral met het oog op de belangen van schuldeisers is voorgeschreven (vgl. art. 204). Zou men de clausule van art. 175 eerste lid (slot) ook voor de echtgenoten zelf toelaten, dan zou bij kleine vermogens op de duur toch een wellicht niet onbelangrijk deel der gemeenschap aan het verhaal van crediteuren kunnen worden onttrokken. Deze conclusie lijkt mij de stelling te veroordelen; zij is in strijd met ons wettelijk systeem².

¹ Dat de wet in beginsel van het vrijheidsbeginsel uitgaat en dat daarom juist verbodsbepalingen „bykomstig” zijn, gelijk De Bruijn p. 231 opmerkt, is m.i. wederom slechts relatief juist. Het gaat o.m. op voor het contractenrecht, doch zeker niet voor het zakenrecht, waar beginselen als vervat in de artt. 584 en 625 heersen, die vaak constructies uitsluiten, ook al zijn zij niet explicite verboden. Dergelijke beginselen doen mij het verbod der fideicommissen en der onvervreemdbaarverklaring juist als vanzelfsprekend aanvaarden. Zo ook is een bepaling als die vervat in het slot van art. 194 overbodig, daar zij reeds besloten ligt in het beginsel van art. 14 A B, en – indien ook dit ongeschreven ware – in onze rechtsorde zelf.

² Daardoor wordt een „schenking” tussen in wettelijke gemeenschap gehuwde echtelieden nog niet zinledig, gelijk De Bruijn p. 233 meent, zij houdt een bestuursoverdracht in (art. 177 eerste lid) en stempelt de zaak tot een hoogst persoonlijke in de zin van art. 175 tweede lid, waaraan ik de consequentie zou

In de erfrechtelijke sfeer kan de uitsluitingsclausule niet alleen worden verbonden aan erfstellingen en legaten, doch zij kan ook worden gemaakt met betrekking tot al hetgeen ab intestato wordt geërfd en hetgeen een derde verwerft door lastbevoordeling¹. Bij de schenking denke men i.c. aan het ruime begrip; aan iedere materiele bevoordeling uit vrijgevigheid kan de bepaling worden verbonden. Noch uit de tekst, noch uit de ratio legis valt een beperking tot de handeling van art. 1703 af te leiden. Een kwijtschelding door een derde van een tot de huwelijksgemeenschap behorende schuld, door een der echtgenoten aangegaan, die onder het uitsluitingsbeding wordt gedaan, heeft dus tot resultaat, dat de schuldenaar een vergoedingsrecht ten laste der gemeenschap verwerft.

De schenker of erflater zal derhalve het beding kunnen verbinden aan elke rechtshandeling die een bevoordeling beoogt van een der echtgenoten. De billijkheid brengt mede, dat de aan de making of schenking verbonden schulden en lasten, waaronder begrepen de successie- en schenkingsrechten voor rekening van de betrokken echtgenoot in privé komen².

De huwelijksgemeenschap, waarvan de erflater of schenker, de betrokken zaken uitsluit, behoeft ten tijde der verkrijging nog niet te bestaan. De wetstekst verzet zich niet tegen de uitleg, dat hij de macht bezit tot uitsluiting van iedere gemeenschap, waarin de verkrijger is gehuwd of ooit zal huwen³.

Het beding is niet per se aan een vorm gebonden; als testamentaire beschikking zal het echter de vorm delen van de making, waaraan het verbonden wordt⁴. Aan een materiële bevoordeling verbonden, deelt het de vorm, waarin deze handeling plaats vindt; komt deze vormloos tot stand, dan zal evenwel het bewijs van het bestaan der uitsluiting moeilijkheden kunnen opleveren.

Algemeen acht men thans geoorloofd, dat de erflater of schenker ook de vruchten, die de onder het beding vallende zaken zul-

willen verbinden, dat een aanspraak op toedeling zal bestaan naar analogie met art. 182, zo het geschonkene al niet rechtstreeks onder dit voorschrift valt

¹ Wij danken de zekerheid hieromtrent aan een verduidelijking die in de huidige tekst is aangebracht in vergelijking met art. 1712 Ontwerp-Meyers, zie Van Ewijk-Polak p. 33

² Vgl. hieromtrent De Bruijn p. 237 alsmede diens dissertatie p. 137 e.v.

³ Aldus reeds H.R. 28 juni 1889, W. 5736, in deze zin ook Asser-Scholten-Wiarda p. 197. In de notariële practijk is deze redactie algemeen gebruik. Te weinig wordt men daarbij gedacht aan de mogelijkheid, dat ook de eerststervende echtgenoot dit beding testamentair kan maken voor het geval de langstlevende echtgenoot mocht hertrouwen. In verband met het bepaalde in art. 204, redigere men overigens nauwkeurig, i.p.v. de gewoonlijk tot heden gebruikte redactie der uitsluiting „van enige gemeenschap waarin de verkrijger is gehuwd of mocht huwen”, gebruike men de woorden „van enige gemeenschap waarin de verkrijger gehuwd is of gehuwd mocht zijn”. Vgl. Van der Ploeg, antw. op RvR I in W.P.N.R. 4721

⁴ In een codicil kan het dus slechts voorkomen met betrekking tot een daarbij toegelaten legaat, betreffende een erfdeel ab intestato kan het slechts in een der principale testamentsvormen voorkomen

len opleveren, van de gemeenschap uitsluit¹. Mij komt deze leer uiterst betwistbaar voor. Natuurlijk kan men als erflater of schenker slechts de blote eigendom afstaan en het recht op de vruchten behouden of dit aan een ander afstaan, gelijk De Bruijn p. 237 opmerkt, doch dit kan geen argument zijn, waar hier de volle eigendom wordt geschonken. Dit betekent, dat de vruchten als zelfstandige zaken aan de verkrijger opkomen. Over deze zaken heeft de erflater of schenker zelf nimmer enige zeggenschap gehad, hetgeen m.i. noodzakelijk medebrengt, dat de uitsluitingsclausule er niet op toepasselijk kan zijn.

Lang heeft men gestreden over de vraag of het beding van uitsluiting niet met een beroep op het wettelijk erfdeel van de verkrijgende echtgenoot kon worden aangetast, indien het betrekking had op goederen, die de legitieme portie uitmaakten. Vóór de invoering van de Wet van 14 juni 1956 werd deze vraag doorgaans bevestigend beantwoord, hetgeen tot gevolg had, dat de man als bestuurder der gemeenschap dit beroep kon instellen teneinde te bereiken dat de aan zijn vrouw vermaakte of geschonken goederen niettemin in de gemeenschap vielen, terwijl deze dikwijls door de ouders der vrouw gemaakte bepaling juist beoogde het vermogen van hun dochter te beschermen. Door sommigen daarentegen werd dit terecht reeds onder de oude wet een denaturering der legitieme – en mitsdien ontoelaatbaar – geacht². Naar nieuwere inzichten vormt immers een bepaling als deze geen beperkende last op het wettelijk erfdeel, doch versterkt zij daarentegen juist de rechtspositie van de legitimaris. Na de invoering van de Lex Van Oven heeft intussen de vraag veel van haar belang verloren, nu krachtens de regel van art. 177 iedere echtgenoot een eigen bestuursfeer heeft. De bestuursmacht van de man over goederen, die aan de vrouw opkomen, is hierdoor opgeheven.

Met betrekking tot de uitgesloten goederen zal tenslotte het beginsel der zaaksvervanging mogen worden toegepast. Hetgeen ter belegging of wederbelegging van buiten de gemeenschap vallende gelden is gekocht, is wederom privé-eigendom van de echtgenoot aan wie de gelden toebehoorden³. Hierbij zal vanzelfsprekend de eis moeten worden gesteld dat de zaak, die aangekocht is, hem ook is geleverd.

Is dit niet het geval en zijn dus de privé-gelden in de gemeenschap gevloeid, dan zal hier het stelsel van vergoedingsrechten

¹ Aldus Hof Amsterdam 1 maart 1930, N J 1932 p 1105, Rb Utrecht 6 febr. 1946, N J 1947 no 515, alsmede vrijwel de gehele literatuur, vgl Asser-Scholten-Wiarda p 197

² Aldus Asser-Meijers 4e druk p 156, De Bruijn ac proefschrift p. 169, dezelfde in W P N R 4401 en 4418, Hof 's-Gravenhage 25 okt 1926, W 11629, en Hof Amsterdam 11 maart 1954, N J 1954, no 763 Meestal echter werd anders geoordeeld, vgl o a H R 5 jan 1937, N J. 1937, no 551

³ Aldus ook Asser-Scholten-Wiarda p 197, De Bruijn p. 243 e v, vgl ook H R 18 juni 1909, W 8881 en Langemeijer „Zaaksvervanging” (ac proefschrift Leiden 1927) p 68 e v.

moeten worden aanvaard, dat bij de in de wet geregelde beperkte gemeenschappen wordt erkend.

Worden ten behoeve der uitgesloten goederen staande huwelijk door de eigenaar schulden aangegaan, die tot de kapitaalsfeer behoren, dan brengt een redelijke wetstoepassing mede deze als privé-schulden te beschouwen. Gedacht moet hier bv. worden aan een geldlening strekkende tot financiering van de bouw ener garage bij een huis, dat onder de uitsluitingsclausule werd verkregen. De kosten van gewoon onderhoud en periodiek terugkerende lasten zijn daarentegen weer voorbeelden van uitgaven, die ten laste der gemeenschap komen. Zij drukken immers op de inkomsten, die tot de gemeenschap behoren.

§ 4. De schulden der gemeenschap (art. 176)

Hierboven (§ 1) werd reeds gewezen op het feit, dat het gemeen zijn der schulden een geheel andere betekenis heeft dan het gemeen zijn van de goederen der echtgenoten. Betekende immers dit laatste een bijzonder sterk gebonden vorm van mede-eigendom, met het gemeenschappelijk zijn der schulden wil de wet tot uitdrukking brengen, dat in beginsel alle schulden van ieder der echtgenoten, zowel de vóór als tijdens het bestaan der huwelijks-gemeenschap ontstane, op de gemeenschappelijke goederen verhaalbaar zijn en uiteindelijk door ieder der echtgenoten voor de helft moeten worden gedragen. Het gemeen zijn der schulden heeft derhalve een tweeledige betekenis: de eerste liggende in de sfeer der verhaalsaansprakelijkheid, de tweede in die der draagplicht.

In het in art. 176 lid 2 bepaalde vindt de regeling der verhaals-aansprakelijkheid haar uitdrukking: „De schuld van een echtgenoot is, behalve op diens eigen goederen, verhaalbaar op de goederen der gemeenschap”¹. Tot een juist begrip van deze regel en van de aansluitende bepaling in art. 176 (derde lid), is het goed reeds thans onderscheid te maken tussen gemeenschapsschulden en privé-schulden der echtgenoten². Het wettelijk stelsel houdt

¹ Zonder twijfel heeft het nieuwe recht een duidelijk aansprakelijkheidsstelsel ingevoerd. Onder de tot 1 januari 1957 geldende wet bestond hierover veel meningsverschil. Omtrent de aansprakelijkheid voor door één der echtgenoten veroorzaakte gemeenschapsschulden bestonden in hoofdzaak drie leringen.

1e beide echtgenoten zijn over en weer aansprakelijk voor elkanders gemeenschapsschulden (Meijers in W P N R 1873 e v.).

2e ieder echtgenoot is slechts aansprakelijk met zijn privé-vermogen en de gemeenschap voor de door hemzelf aangegane gemene schulden (Petit p 64, Opzoomer-Grunebaum I p 359 e v.);

3e de man is op grond zijner geprivilegeerde positie aansprakelijk voor alle gemeenschapsschulden, de vrouw echter slechts voor de door haar zelf aangegane gemene schulden (Scholten in Asser-Scholten „Personenrecht” 5de t/m 8ste druk).

Het thans door de Lex Van Oven aanvaarde stelsel komt dus overeen met de tweede leer onder het oude recht, uiteraard is dit geen bewijs voor haar juistheid, daar thans van geheel andere beginselen wordt uitgegaan.

² Weliswaar is deze onderscheiding voornamelijk van belang bij beperkte ge-

nu in, dat het voor een crediteur, zolang de huwelijksgemeenschap voortduurt, geen enkel verschil maakt of zijn vordering, bezien vanuit het standpunt van de debiteur en diens echtgenoot en getoetst aan het tussen hen bestaande goederenstatuut, als een privé-schuld dan wel als een gemene schuld moet worden beschouwd. In beide gevallen immers heeft hij verhaal zowel op het gehele gemeenschapsvermogen als op de goederen van de echtgenoot-debiteur, die van de gemeenschap mochten zijn uitgesloten¹. Dit alles betreft de verhaalsaansprakelijkheid („Haftung”); in de rechtsband der verbintenis zelf („Schuld”) verandert echter niets door het huwen of gehuwd zijn van de schuldenaar in de wettelijke gemeenschap. Met name betekent het gemeen zijn van schulden dus niet, dat tijdens het bestaan der gemeenschap de echtgenoot van de debiteur diens mede-schuldenaar zou worden. De echtgenoot treedt op geen enkele wijze tot de verbintenisrechtelijke band tussen crediteur en debiteur toe².

Hiermede is niet gezegd, dat de wetgever niet anders had *kunnen* bepalen; hij had het gemeen zijn der schulden ook aldus kunnen duiden, dat dit juist bedoeld medeschuldenaarschap tot inhoud zou hebben gehad. Uit het bepaalde in art. 183 (eerste lid) blijkt echter ten duidelijkste, dat onze wet dit stelsel niet heeft gewild: eerst na de ontbinding der gemeenschap treedt een, tot de helft beperkt, mede-schuldenaarschap in.

Tot goed begrip wijs ik in dit verband echter terug naar de regeling van de rechtsgevolgen der „gewone huishoudschulden” (art. 162 lid 1) en der afbetalingscontracten van art. 164³. Hierbij treedt immers *wel* terstond een volledig medeschuldenaarschap in; gelijk reeds opgemerkt, betreft het hier echter regelingen, die steeds van toepassing zijn, ongeacht het tussen de echtgenoten vigerende goederenstelsel.

Het gemeen zijn der schulden houdt voorts in de verplichting tot het gemeenschappelijk dragen dezer schulden. Dit beginsel der „contribution” is neergelegd in het bepaalde in art. 183 (tweede lid). Deze draagplicht staat tegenover het uiteenvallen van het gemeenschapsactief, bij ontbinding, in twee helften (art. 181).

meenschappen, doch ook bij de wettelijke gemeenschap kan zij zich voordoen, indien men daarbij aanvaardt, dat gelijk hoogst persoonlijke vermogensrechten van de gemeenschap kunnen zijn uitgesloten, ook passiva geheel of in beperkte mate daaraan kunnen zijn onttrokken, hetgeen nader zal worden besproken

¹ Juridisch is dit stelsel volkomen in overeenstemming met het beginsel van art. 1177, waarop mede het systeem der Faillissementswet is gebouwd. Tot het vermogen van de schuldenaar behoort het geheel der huwelijksgemeenschap, in dier voege echter dat deze gemeenschap op gelijke wijze behoort tot het verhaalsaansprakelijke vermogen van zijn echtgenoot.

² Aldus ook Asser-Scholten Wiarda p. 200, De Bruijn p. 252 e v. en Hymans van den Bergh (onderschrift H R. 27 febr. 1959, N. J. 1959, no. 556), die dit nog een „twistvraag” noemt, z i ook implicite in deze zin de H R. in laatstgemeld arrest.

³ Vgl. Hoofdstuk I § 5 en 6.

Zij wordt staande de gemeenschap verwezenlijkt door het uit het gemeenschapsactief betaald worden der schulden; staan gemene schulden ten tijde van de ontbinding der gemeenschap nog open, dan realiseert zich de gelijke draagplicht, indien één der echtgenoten uit zijn privé-vermogen zulk een schuld voldoet, door uitoefening van het in art. 183 (tweede lid) bedoelde regresrecht. Vindt uitwinning van – of betaling uit – privé-vermogen tijdens het bestaan der gemeenschap plaats, dan wordt wederom het door de wet beoogde gevolg bereikt door uitoefening van een recht op vergoeding ten laste der gemeenschap¹.

Hierboven maakten wij reeds enige malen onderscheid tussen gemeenschappelijke schulden en privé-schulden der echtgenoten en de daarmee verbonden verhaalsaansprakelijkheid van gemeenschap en privé-goederen. Hoewel in dit Hoofdstuk de wettelijke algehele gemeenschap aan de orde is, mag dit geen verwondering wekken; tengevolge der in art. 175 genoemde uitzonderingen zijn immers ook daarbij privé-goederen bestaanbaar. De vraag is echter gewettigd of bij de wettelijke gemeenschap ook privé-schulden moeten worden erkend.

Heeft deze onderscheiding, zolang de gemeenschap voortduurt, voor de betrokken crediteur geen enkel belang, na de ontbinding der gemeenschap ontstaat verschil door het bepaalde in art. 183 eerste lid (slot): bij een privé-schuld van een der echtgenoten treedt de mede-aansprakelijkheid voor de helft van de andere echtgenoot niet in². Daarentegen is het verschil tussen beide soorten van schulden voor de interne draagplicht tussen de echtgenoten veel sprekender. Het gaat er nu om te beslissen of de in art. 175 voor de gemeenschapsactiva uitgedrukte uitzonderingen mede voor de passiva mogen worden aanvaard, hoewel een overeenkomstige wetsregel daarvoor ontbreekt. De eerste uitzondering in art. 175 berustte op de wilsverklaring van erflater of schenker en is m.i. slechts bestaanbaar door uitdrukkelijke wetsduiding; zij is *strictae interpretationis* en derhalve zuiver dogmatisch niet voor transponering naar de gemeenschapspassiva vatbaar.

De tweede uitzondering vond haar oorsprong in de aard der betrokken vermogensbestanddelen en werd door de wet voor een zeer soepele toepassing vatbaar verklaard. Naar ik meen zijn alle

¹ Door Prakken p 38/39 en De Bruijn p 259 wordt aangenomen, dat de echtgenoot uit wiens privé-middelen een gemene schuld werd voldaan, tijdens het bestaan des gemeenschap tevens verhaal kan zoeken op het privé-vermogen van de andere echtgenoot voor de helft van het betaalde, ofschoon de wet hier overzwijgt. Prakken t a p geeft nog een voorbeeld van de verwickelingen, die door dit onderling regres kunnen ontstaan

² Opgemerkt zij echter, dat aan crediteuren dit niet-gemeen zijn der betrokken schulden doorgaans onbekend zal zijn, daar het hier niet gaat om rechtsverhoudingen, die blijken uit gepubliceerde huwelijksvoorwaarden. De crediteur zal dus als regel te goeder trouw zijn vordering mogen zien als een gemeenschapschuld der echtgenoten, zodat m i voor hem na ontbinding der gemeenschap het uitgebreide verhaalsrecht van art 183 lid 1 zal gelden

voorwaarden voor analogische toepassing der regel op de passiva hier aanwezig.

Als „hoogst persoonlijke schulden” zouden dan zeer zeker beschouwd moeten worden de verplichtingen die bij een making of schenking, waaraan de uitsluitingsclausule van art. 175 lid 1 toegevoegd is, op de erfgenaam, legataris, lastbevoordeelde of begiftigde overgaan. Langs deze weg kom ik indirect derhalve toch tot uitsluiting van de gemeenschap. Doch ook verplichtingen, die eerst in de persoon van de verkrijger ontstaan, zijn hier in het geding, zodat hieronder vallen, niet alleen het aandeel in de schulden der nalatenschap bij een erfstelling, doch evenzeer het aandeel van de verkrijger in de boedelkosten, de begrafeniskosten en de verschuldigde successierechten. Bij een legaat, dat door de erflater buiten de gemeenschap, waarin de legataris huwt of is gehuwd, wordt gesteld, zullen dit, behalve het door de legataris verschuldigde successierecht, ook de eventueel door hem uit te keren sub-legaten en de hem opgelegde derde-bevoordelende lasten zijn. Op gelijke wijze zullen n.m.m. bij een schenking met de uitsluitingsclausule de ten laste van de begiftigde vallende rechten en kosten en eventueel hem opgelegde lasten als privé-schulden moeten worden beschouwd¹.

Aan het slot van de vorige paragraaf werden voorts reeds genoemd als vallende buiten de gemeenschap, de schulden door een echtgenoot aangegaan met betrekking tot een onder de uitsluitingsclausule door hem verkregen zaak en strekkende tot verbetering of uitbreiding daarvan. Hoewel al de hier opgesomde schulden derhalve in enig verband staan tot actief, dat krachtens de wilsverklaring van een derde aan de gemeenschap is onttrokken, zie ik deze wil dus niet als de rechtsgrond voor het onttrekken der schulden aan de gemeenschap, doch veeleer hun hoogst persoonlijke aard, al vindt deze ook zijn oorzaak in het privé zijn der bedoelde activa.

Komt men op deze wijze tot een zekere analogie met het beginsel van art. 175 lid 2, dan rijst verder de vraag of de ruimte, die de wet daar liet voor nuanceringen, ook hier aanwezig moet worden geacht. Men zou deze nuances dan moeten vinden in het naar omstandigheden buiten toepassing laten van slechts één der beide rechtsgevolgen van het gemeenschappelijk zijn der schulden. Naar het mij voorkomt – vgl. mijn opmerking op p. 101 in noot 2 – zal evenwel het externe rechtsgevolg der mede-aansprakelijkheid van de andere echtgenoot voor de helft (art. 183 lid 1) ook hier doorgaans intreden, nu de crediteur, bij het ontbreken van huwelijksvoorwaarden, vrijwel steeds te goeder trouw de schuld van een echtgenoot als behorende tot de huwelijksgemeenschap zal mogen beschouwen. Het privé-zijn der hier bedoelde schulden zal zich daarom meestentijds slechts kunnen uiten in de opheffing van het andere –interne –rechtsgevolg der gezamen-

¹ Aldus ook De Bruijn p. 237/238.

lijke draagplicht, zodat deze geheel zal rusten op de echtgenoot, te wiens laste wij de betrokken schuld meenden te moeten brengen.

In dit verband komt mede de vraag aan de orde of (in-)schulden tussen in wettelijke gemeenschap gehuwde echtgenoten onderling bestaanbaar zijn en zo ja, of deze aan de actief- en/of de passiefzijde niet aan de gemeenschap onttrokken moeten worden geacht. Ik meen, dat deze bestaanbaarheid – zeker onder het nieuwe huwelijksvermogensrecht – niet kan worden ontkend. Het soms wel gehoorde contra-argument, dat zij terstond bij hun ontstaan door schuldvermenging zouden tenietgaan, acht ik onjuist. Weliswaar behoren verbintenissen als deze, zowel aan crediteurs- als aan debiteurszijde, in beginsel tot hetzelfde vermogen, doch dit op zich leidt nog niet tot schuldvermenging; wij zagen immers dat het „behoren tot de gemeenschap” voor de activa een geheel andere betekenis heeft dan voor de passiva. Voor schuldvermenging is nodig dat crediteur en debiteur zich in één persoon verenigen (art. 1472); dit nu treedt niet in indien de ene echtgenoot een schuldvordering op de ander verwerft. Noch mede-debiteurschap, noch mede-crediteurschap ontstaan immers; dit laatste blijkt ten duidelijkste uit de regel van art. 177.

Gegeven dus de bestaansmogelijkheid dezer figuur, zou men vervolgens daarbij van de gemeenschapsregels kunnen afwijken door:

- a) zowel de vordering als de schuld aan de gemeenschap onttrokken te achten;
- b) de vordering tot de gemeenschap te rekenen, doch de schuld ten laste van de debiteur in privé te brengen of omgekeerd de vordering aan de crediteur in privé toe te rekenen en de schuld ten laste der gemeenschap te brengen, welke beide oplossingen economisch hetzelfde resultaat hebben.

Het komt mij echter voor, dat een (in-)schuld tussen echtgenoten niet noodzakelijk een dezer rechtsgevolgen behoeft te hebben; ook wanneer men zowel vordering als schuld aan de gemeenschap toerekent, is deze rechtsfiguur immers niet van juridische betekenis ontbloot. De vordering staat toch in het normale geval onder bestuur van de echtgenoot-crediteur en inning verschaft hem wederom uitsluitend te zijner beschikking staande middelen¹. De hier bedoelde verbintenissen zullen zelden uit overeenkomst doch meestal uit de wet of krachtens rechterlijke beschikking ontstaan. Bij deze laatste denke men bv. aan de vordering van de vrouw wegens door de man verschuldigde uitkeringen voor levensonderhoud, haar toegekend bij de rechterlijke beschikkingen tijdens een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en

¹ In deze zin werd beslist over een tussen echtgenoten opgelegde dwangsom door H.R. 23 dec. 1960, N.J. 1961, no. 86; het arrest is besproken door De Bruijn in *Ars Acqui* 1960/61 p. 235, die zich echter op dit punt beperkt tot het parafraseren van 's Raads beslissing zonder een oordeel te geven.

bed (artt. 820 W. van B. Rv. jo 826 W. van B. Rv.; artt. 268 jo 301 B.W.). Gezien het doel dezer uitkeringen, is er hierbij wellicht reden aanwezig de vordering buiten de huwelijksgemeenschap te stellen; de schuld kan echter als een gemeenschapsschuld blijven gelden¹.

Art. 176 eindigt met de bepaling, dat indien een echtgenoot goederen buiten de gemeenschap heeft, daarop slechts de schulden kunnen worden verhaald, die daarop verhaald zouden kunnen worden indien er generlei gemeenschap was (lid 3). De tekst is ontleend aan art. 178 lid 3 van het N.G.O.; zij is taalkundig verre van fraai. Bij de parlementaire behandeling is haar nut zelfs in twijfel getrokken, doch de minister heeft de beweerde overbodigheid naast de bepaling van het tweede lid ontkend met de opmerking, dat duidelijk gesteld dient te worden, dat op het privé-vermogen van de ene echtgenoot niet verhaalbaar zijn de gemeenschapsschulden van de zijde van de andere echtgenoot ontstaan².

Inderdaad kan worden toegegeven, dat door het in art. 176 (lid 2 en 3) neergelegde stelsel aan de tot 1957 bestaan hebbende controversen thans een duidelijk einde is gemaakt.

Volledigheidshalve zij weer opgemerkt, dat voor de schulden, waarbij ex lege mede-schuldenaarschap aanwezig is (art. 162 eerste lid en art. 164) steeds verhaal kan worden genomen op de privé-goederen van beide echtgenoten en op de gemeenschap, onverschillig wie de schuld aanging en of zij naar het tussen hen geldende statuut als een gemeenschappelijke- dan wel als een privé-schuld moest worden aangemerkt. Dit zal eveneens het geval zijn bij een schuld, waarvoor de echtgenoten zich contractueel hoofdelijk verbonden.

Tenslotte past in de behandeling van het onderhavige onderwerp de bepaling van art. 208. Zij bevestigt in haar aanhef het primaat der wettelijke gemeenschap, die met haar regels slechts wijkt waar partijen door huwelijksvoorwaarden een afwijkende regeling treffen. Het tweede lid bepaalt nu, dat schulden die ingevolge zodanige regeling als privé-schulden moeten worden aangemerkt, op de gemeenschapsgoederen verhaald kunnen worden alsof zij gemeenschapsschulden waren. Ik meen, dat het voorschrift enerzijds onvolledig, doch anderzijds overbodig is.

Onvolledig, omdat de verhaalsaansprakelijkheid der gemeen-

¹ Dit laatste is beslist door Rb Zwolle 27 nov 1957, N.J. 1958, no 342. In een geval, dat ten laste ener gecontinueerde gemeenschap een aanspraak ontstond van de weduwe, haar door haar overleden echtgenoot toegekend, tot verzorging van haar onderhoud, oordeelde Van der Ploeg in zijn antwoord op RvR V in W P N R 4473, dat zij „een buiten gemeenschap vallende aanspraak jegens de gemeenschap” verwerft. Ik stem hiermede in, echter –blijkens mijn bovenstaande beschouwing – geenszins met diens opmerking, dat indien het anders ware de aanspraak door vermenging teniet zou gaan¹.

² Vgl. Van Ewijk-Polak p. 34/35.

schapsgoederen niet slechts zal gelden voor schulden, die krachtens de regeling der huwelijksvoorwaarden, doch evenzeer voor die schulden die op een andere grond – bv. krachtens hun hoogst persoonlijke aard – privé-schulden zijn¹.

Overbodig acht ik echter de regel, omdat zij reeds uit het bepaalde in art. 176 lid 2 volgt; het daar gegeven voorschrift heeft immers een algemene strekking².

Het laatste lid van art. 208 daarentegen bezit, naar ik meen, wel zelfstandige betekenis. Hierin wordt aan de ene echtgenoot een recht van verzet toegekend tegen het verhaal, dat de crediteur van de andere echtgenoot wil nemen op gemeenschapsgoederen wegens een privé-schuld van laatstgenoemde. Voorwaarde voor dit verzet is, dat privégoederen van de schuldenaar worden aangewezen, die voldoende zijn voor betaling aan de uitwinnende schuldeiser. Goederen, waarover een rechtsgeschil bestaat of die buiten Nederland zijn gelegen, komen voor aanwijzing niet in aanmerking. Beginselen van goede trouw en billijkheid liggen aan deze regeling ten grondslag. Hetgeen echter in de interne verhouding voldoende duidelijk is, behoeft nog niet zonder meer aan de crediteur duidelijk te zijn. Een uitdrukkelijke wetsbepaling schept daarom de mogelijkheid de externe verhaalsaansprakelijkheid tot gelding te doen brengen op dat terrein, waarop ook de interne draagplicht ligt.

§ 5. *Het bestuur der gemeenschapsgoederen (art. 177)*

De in de Lex Van Oven vervatte regeling van het bestuur over de goederen der gemeenschap is een hoogst belangrijk aspect dezer wet. Men kan zelfs stellen, dat het in art. 177 vastgelegde systeem het meest saillante novum van het vernieuwde huwelijksvermogensrecht inhoudt.

Aan het tot 1 januari 1957 gegolden hebbende recht lagen twee beginselen ten grondslag: de maritale macht enerzijds en de handelingsonbekwaamheid der gehuwde vrouw anderzijds. Het eerstgenoemde uitte zich op onderscheiden terreinen; in zoverre dit beginsel beheer en een zekere beschikkingsmacht, alsmede de noodzaak tot bijstand of machtiging – art. 163 oud – op het terrein van het privé-vermogen der vrouw betekende, was hier sprake van een noodzakelijk complement van het – tweede – beginsel der handelingsonbekwaamheid. Op het terrein der huwelijksgemeenschap bezat het eerste principe echter zelfstandige betekenis: men kan zich immers zeer goed voorstellen, dat de wetgever de gedachte der handelingsonbekwaamheid als overleefd verlaat en deswege ook aan de gehuwde vrouw het recht toekent het haar in privé toebehorende vermogen zelfstandig te besturen, doch aan

¹ Aldus ook Polak p. 24 e.v. en De Bruijn p. 265.

² Vgl. Versteeg in W.P.N.R. 4450 („Aansprakelijkheid en draagplicht voor gemene schulden bij opheffing van de handelingsonbekwaamheid der gehuwde vrouw”).

de man het bestuur der gemeenschapsgoederen laat, zonder hiermede een onderwaardering der vrouw te willen demonstrenen. Een zodanige handhaving van het beginsel van het eenhoofdig bestuur over de gemeenschapsgoederen zou toch zeer wel gemotiveerd kunnen worden met juridisch-technische argumenten, terwijl de toekenning van dit bestuur aan de man geschraagd had kunnen worden met een beroep op een maatschappelijke realiteit. De wetsontwerpen Donner (1930), Wijers (1949) en Donker (1954) gingen dan ook evenals het Ontwerp-Meijers van deze gedachte uit¹. Voor Meijers vormde deze kwestie trouwens geen vraag; in de toelichting op zijn Ontwerp zegt hij immers: „Het toekennen van deze beslissende stem aan de man beantwoordt niet alleen aan de overtuiging van een groot deel van ons volk, maar ook aan de sociale en economische positie, die de man in de huidige maatschappij inneemt”².

Bij alle aan de Lex Van Oven voorafgegane pogingen om in het stelsel van art. 179 (oud) verbetering te brengen, trachtte men de invoering der handelingsbekwaamheid met het behoud der bestuursmacht van de man over de gemeenschap overeen te brengen door, in het belang der vrouw, op deze bestuursmacht meer wettelijke uitzonderingen aan te brengen. Naar het vroegere recht was deze bestuursmacht vrijwel onbegrensd; zij kende slechts de wettelijke uitzonderingen van art. 179 (oud) leden 3 en 4 en de mogelijkheid tot beperking door beding bij huwelijksvoorwaarden van art. 195 (oud) lid 3. Deze toestand was zeker weinig bevredigend; indien de echtgenoten geen huwelijksvoorwaarden hadden gemaakt, was tegen wanbeheer door de man – voor zover hij zich van overtreding van het schenkingsverbod van art. 179 (oud) leden 3 en 4 onthield – van de zijde der vrouw weinig te doen. De haar ter beschikking staande wettelijke middelen – de vordering tot scheiding van goederen (art. 241 oud) en de afstand van de gemeenschap (art. 187 oud) – waren daartoe te omslachtig of konden slechts worden aangewend als het kwaad reeds onherstelbaar was. Vanaf het einde der negentiende eeuw was door woord en geschrift getracht hierin verbetering te brengen; dit gaf de stoot tot de ontwerpen, die nimmer tot wet werden³. Buiten de discussie stond echter vrijwel steeds het bestuur over de goederen der gemeenschap, tot het keerpunt in de ontwikkeling kwam, dat tot het huidige stelsel leidde. Dit keerpunt vormde het amendement-Oud d.d. 9 december 1955 op het Nader Gewijzigd Ontwerp-Donker; de leidende gedachte van dit amendement was, dat een ware emancipatie der gehuwde vrouw vermogensrechtelijk niet voltooid is, indien niet het bestuur der wettelijke goederenge-

¹ Vgl. o.a. Ontwerp 1949 (no. 1430) art. 179, Ontwerp-Meijers art. 1.7.2.1.

² Toelichting p. 55, geciteerd in Memorie van Antwoord minister Donker d.d. 22 okt. 1954.

³ Een uitvoerige beschrijving van de voorgeschiedenis der Wet van 14 juni 1956 vindt men zowel bij Asser-Scholten-Wiarda p. 143/148 als bij De Bruijn p. 13/48.

meenschap tussen de echtgenoten wordt verdeeld in dier voege, dat ieder de van zijn zijde in die gemeenschap vallende goederen, onafhankelijk van de ander, bestuurt. De gedachte dezer bestuursverdeling was reeds geopperd in 1915 door Gipon¹, doch vooral verdedigd en uitgewerkt in 1927 door Van Oven², die tijdens de behandeling der wetsontwerpen na 1948 bij herhaling zijn visie in de rechtsliteratuur was blijven propageren³.

Het waren deze ideeën, die op een meerderheid in de Vaste Commissie grote invloed hebben gehad. Zeer sterk heeft minister Donker zich tegen deze poging tot aantasting van een der grondslagen van het Ontwerp verzet. De loop der geschiedenis nam echter een verrassende wending na zijn plotseling overlijden op 4 februari 1956; Van Oven tot het ministerambt geroepen op 15 februari 1956, kreeg een onverwachte gelegenheid zijn gedachten te realiseren⁴.

Het centrale punt in Van Oven's stelsel van huwelijksvermogensrecht is zijn zgn. „twee-zuilenleer”. De eerste zuil vormt de regel van art. 176, naar luid waarvan ieder der echtgenoten de gemeenschap met schulden kan belasten; de tweede is de bepaling van art. 177, waardoor het bestuur over de gemeenschapsgoederen wordt verdeeld volgens het criterium der rechtsverkrijging. Het artikel laat van deze regel afwijkende afspraken tussen echtgenoten toe en verwijst voorts naar mogelijke derogatie door een rechterlijke beschikking van art. 165.

Het tweede lid houdt de sanctie, verbonden aan de norm van het eerste lid, in; het kent aan de andere echtgenoot een beroep toe op de nietigheid van de met de norm strijdige handeling binnen één jaar nadat de rechtshandeling te zijner kennis is gekomen. Rechten van derden te goeder trouw om baat verkregen worden

¹ „Ons Huwelijksgoederenrecht” in W P N R 2366, als Bijlage IV opgenomen in het prae-advies van Prakken p 91 e v

² Prae-adviezen Ned Juristen Vereniging van A G Lubbers en J C van Oven

³ Vgl N J B 1949, p 765 en N J B 1950, p 57 (over het Ontwerp-Wijers); W P N R. 4303 (over de vraagpunten 45 en 46 tot het Ontwerp-Meyers), N J B 1955, p 1 en W P N R 4380-4382 (over het Ontwerp-Donker en het Ontwerp-B W van Meyers), N J B 1956, p 29 (over het Nader Gewijzigd Ontwerp-Donker en het amendement-Oud)

⁴ En wel na voorlegging van een vraagpunt op 28 februari 1956 met als eigen voorlopige conclusie. „Bij verlening van handelingsbekwaamheid aan de gehuwde vrouw ware de wettelijke gemeenschap van goederen in die zin te regelen, dat de rechtspositie van man en vrouw ten aanzien van hun gemeenschappelijk vermogen gelijk is”. Deze conclusie werd op 11 april 1956 door de Tweede Kamer aanvaard, waarna een met grote spoed omgewerkt Ontwerp-Van Oven (Tweede Nader Gewijzigd Ontwerp) bij het parlement werd ingediend, dat door de Tweede Kamer werd aanvaard op 2 mei 1956 en door de Eerste Kamer op 12 juni 1956. Wel zelden heeft ons wetgevend apparaat in zulk een tempo gewerkt, uit de Eerste Kamer zijn hiertegen vergeefs protesten gerezen. Men achtte afdoening van dit belangrijke wetsontwerp door een demissionair Kabinet in het zicht der verkiezingen 1956 niet wenselijk. Voor mij is het echter veeleer de vraag of de haast bij de arbeid der omwerking van het Ontwerp in het voorjaar van 1956 wel geheel verantwoord is geweest.

geëerbiedigd. Onder derden is de wederpartij van de echtgenoot, die de strijdige handeling stelde, begrepen.

Wij zullen thans aan deze belangwekkende bepaling een beschouwing wijden op voet van de interpretatie-vragen, die naar aanleiding van haar tekst tot op heden zijn gerezen.

Deze problemen laten zich in hoofdzaak samenvatten in één dominerende vraag en voorts in vele – deels met deze hoofdvraag samenhangende – bijkomende vragen.

Deze dominerende vraag is die naar de inhoud van de term „bestuur”, terwijl de bedoelde nevenkwesties in vraagvorm als volgt kunnen worden gesteld:

a. betreffende het eerste lid :

I. Wat betekent „van wiens zijde zij in de gemeenschap zijn gevallen”? Wat is rechtens, als de verkrijging vóór de invoering der Wet van 14 juni 1956 plaatsvond?

II. Wat geldt bij onzekere herkomst?

III. Wat is „anders overeenkomen”? Welke vorm geldt hiervoor?

b. betreffende het tweede lid :

IV. Is de inroeping van de nietigheid een beroep op onbevoegdheid of op een titelgebrek?

V. Wat zijn de externe en interne gevolgen hiervan? Waaruit dient de door de derde voldane contraprestatie te worden gerestitueerd? Wie dient een eventueel aan de derde te betalen schadevergoeding te dragen? Is er een schadevergoedingsplicht tussen de echtgenoten onderling?

VI. Wanneer is de derde te goeder trouw? Wat moet de derde onderzoeken? Wat moet een eventueel bij de handeling betrokken notaris onderzoeken?

Wij stellen ons voor de gerezen vragen in deze volgorde te bespreken; vooraf zij opgemerkt, dat het niet ten voordele ener wetstekst kan pleiten als zo kort na haar invoering reeds een zo groot aantal vragen betreffende haar uitleg rijzen, met name niet, omdat vrijwel al deze vragen de meest essentiële punten uit de tekst betreffen; de haast, waarmede deze zeer ingrijpende regel is samengesteld en de misvatting, dat zonder haar de emancipatie der gehuwde vrouw een fictie zou zijn, schijnen mij aan deze gang van zaken niet vreemd.

Het is verheugend, dat men het althans over het antwoord op enkele dezer vragen in de doctrine eens is kunnen worden, hoewel over het standpunt der jurisprudentie veelal nog weinig te zeggen valt.

Over andere vragen is echter een diepsnijdend verschil van mening blijven bestaan, met name ook over de hoofdvraag, met welker bespreking wij thans beginnen.

In de „twee-zuilen”-leer vormt het beginsel der bestuursverdeling de tweede zuil. Deze werd noodzakelijk geacht om het

bouwsel van de volledige vermogensrechtelijke emancipatie der gehuwde vrouw hecht te funderen; zonder haar immers – zo heeft Van Oven steeds geleerd – zou de opheffing der handelingsonbekwaamheid voor het overgrote deel der gehuwde vrouwen geen reële inhoud krijgen, waar statistisch¹ blijkt, dat meer dan 90% der in Nederland gesloten huwelijken zonder voorafgaande huwelijksvoorwaarden tot stand komt. In tegenstelling tot alle vroegere ontwerpen moest daarom de volledige vermogensrechtelijke gelijkstelling in het bijzonder ook haar gestalte krijgen in de regeling van het bestuur over de gemeenschapsgoederen, opdat geen onderscheid in rechtspositie meer tussen man en vrouw zou bestaan². Ik meen, dat deze bedoeling overduidelijk, zowel uit Van Oven's geschriften, als uit de door hem als ontwerper der wet gegeven toelichtingen naar voren komt en waar laatstbedoelde toelichtingen door het parlement niet zijn weersproken – en derhalve aanvaard –, moet deze bedoeling met die van de wetgever worden vereenzelvigd. Daarmede staat voor mij de interdependentie der beide zuilen – derhalve van de artt. 176 en 177 – vast. Dan echter valt een opvallend feit te signaleren: de constatering, dat waar in art. 176 sprake is van een congruente bevoegdheid van ieder der echtgenoten om de gemeenschap met schulden te belasten, in art. 177 een scheiding van bestuursferen wordt ingevoerd. De vraag moet dan rijzen of het in de twee-zuilen-leer niet consequenter ware geweest bij de regeling der bestuursbevoegdheid eenzelfde congruentie in te voeren als in art. 176 wordt erkend, m.a.w. of het bestuur over de gemeenschapsgoederen niet beter aldus ware geconstrueerd, dat ieder echtgenoot bestuur voerde over de gehele gemeenschap en derhalve steeds aan de bestuursdaden van de andere echtgenoot gebonden zou zijn³.

Over de vraag aan wie het bestuur over de huwelijksgemeenschap in een geavanceerd stelsel behoort te worden opgedragen is, en wordt, bij de herziening van buitenlandse rechtsstelsels diepgaand gediscussieerd; de in ons recht aanvaarde oplossing wordt daarbij echter vrijwel unaniem afgekeurd⁴. Een regeling van bestuursbevoegdheid behoort – ook buiten het huwelijksvermogensrecht – zo eenvoudig mogelijk van aard te zijn; zij behoort tussen echtgenoten geen bron van onenigheid te zijn en in het rechtsverkeer met derden geen onzekerheid te scheppen; tenslotte behoort zij de maatschappelijke realiteit zo dicht mogelijk te benaderen.

Het komt mij voor, dat het nu aanvaarde stelsel slechts zeer ten dele aan deze eisen voldoet; met name acht ik het voor derden

¹ Vgl. Asser-Scholten-Wiarda p. 240, alsmede De Smidt in W.P.N.R. 4432 en 4446. Zie ook hierna Hoofdstuk III, Deel B § 2.

² Vgl. Derde Nota van Wijzigingen ad art. 177, Van Ewijk-Polak p. 35.

³ Zelfs door een overtuigd verdediger van het stelsel-Van Oven als De Bruijn is op dit aspect gewezen in W.P.N.R. 4470 (p. 515).

⁴ Vgl. mijn Openbare Les d.d. 11 maart 1960 p. 9 e.v.; zie ook Baeteman's opstel „La réforme des régimes matrimoniaux” p. 186, in „Travaux et Conférences” no. VIII der Vrije Universiteit te Brussel 1960.

weinig duidelijk en bovenal meer een resultaat van louter theoretische beschouwing te zijn dan een produkt van deze beschouwing én van toetsing aan het werkelijke leven tezamen, hetgeen men toch bij de voorbereiding van een zo ingrijpende wetsregel had mogen verlangen¹.

Deze bezwaren blijken reeds bij de eerste poging, die men doet om de term „bestuur” nader te verklaren. In het gangbaar juridisch spraakgebruik wordt deze verstaan als omvattende zowel het beheer als de beschikkingshandelingen met betrekking tot een vermogen; ook in het afgeschafte recht vond men de term in art. 160 (oud) lid 3: „Hij *bestuurt* de goederen aan de vrouw persoonlijk toebehorende.” Ook Van Oven heeft, in navolging van het Ontwerp-Meyers, deze term aanvaard, zij het min of meer met tegenzin, omdat naar zijn mening de uitdrukking ook op andere wijze zou kunnen worden verstaan².

Van grote interpretatieve waarde is daarbij, dat minister Van Oven bij de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer duidelijk heeft verklaard, dat hij i.p.v. de term „bestuur” liever de uitdrukking „*beschikking*” zou hebben gekozen en dat z.i. besturen „niet anders betekent dan vervreemden, beschikken en beheren in die zin, dat door een rechtshandeling zakelijke of semi-zakelijke rechtsgevolgen tegenover dat goed worden gegeven”³, terwijl hij tevoren had opgemerkt: „Het gaat hier uitsluitend om rechtshandelingen: vervreemden, bezwaren en ook verpachten en verhuren, omdat deze obligatoire overeenkomsten in ons recht semi-zakelijke werking hebben”⁴.

Hierdoor is de saillante vraag ontstaan of – nu art. 176 ieder der echtgenoten vrij laat om in beginsel iedere verbintenis ten laste der gemeenschap te scheppen – de betekenis van art. 177 dan moet zijn, dat onder bestuursdaden in art. 177 slechts het sluiten van een zakelijke overeenkomst, c.q. van een obligatoire overeenkomst met semi-zakelijke werking mag worden begrepen, zodat het sluiten van een zuiver obligatoir contract, ook al verplicht het tot een zakelijk contract, steeds onaantastbaar zou zijn als vallende onder de werking van art. 176.

De praktische consequentie hiervan is duidelijk: verkoopt bv. de man een gemeenschappelijk onroerend goed, dat onder bestuur van zijn echtgenote staat, dan vestigt hij daarmee een, overeen-

¹ Vgl. in dit verband de opmerking van Hymans van den Bergh in de aanhef van zijn annotatie bij H R 27 februari 1959, N J 1959, no 556 („Het is echter, minst genomen, zeer de vraag of de wetgever er goed en rechtvaardig aan heeft gedaan .”)

² Zie Handelingen der Tweede Kamer p 2723/4; Van Ewijk-Polak p 37. Hoe Van Oven onder „besturen” feitelijk gebruiken, genieten etc zou kunnen verstaan, is mij niet duidelijk geworden

³ Zie Handelingen p. 2389/90, Van Ewijk-Polak p 40 Ook de jurisprudentie hecht groot belang aan deze woorden; vgl. Hof Arnhem 12 nov 1957, N J 1958, no 228

⁴ Zie Handelingen p 2723/4; Van Ewijk-Polak p 37.

komstig art. 176 volkomen geldige, gemeenschapsschuld, inhoudende de verplichting tot levering der betrokken zaak. Deze *levering* is eerst de eigenlijke bestuursdaad, die echter slechts door de vrouw kan worden verricht. Zou de man haar verrichten, dan stelt hij een met het beginsel der bestuursverdeling (lid 1) strijdige daad, die door de bestuursbevoegde vrouw met een beroep op de nietigheid daarvan (lid 2) kan worden aangetast. Dit beroep kan de geldigheid der obligatoire overeenkomst – overeenkomstig het bepaalde in art. 176 – evenwel niet raken, zodat deze een eigen bestaan blijft voeren; de verplichting tot levering blijft in stand. Met het beroep op art. 177 lid 2 bereikte de vrouw dus i.c. slechts, dat uit de gemeenschap de door de man geldig opgewekte verbintenis niet wordt nagekomen, zodat ten laste dier gemeenschap bovendien een schadevergoedingsverplichting kan ontstaan. Het praktisch gevolg hiervan zal daarom dan zijn, dat de vrouw het haar toekomende beroep op de nietigheid der zakelijke overeenkomst maar beter achterwege laat, daar dit beroep voor de gemeenschap – en dus mede voor haar – nadelig is.

Men moet toegeven, dat deze consequentie de stelling waarop zij gebouwd is, schijnt te veroordelen: dit eindresultaat kan niet bedoeld zijn door een wetgever, die met het stelsel der bestuursverdeling toch juist een bescherming van de andere echtgenoot als doel voor ogen had. Ik hoop echter aan te tonen, dat wij dit resultaat niettemin zullen moeten aanvaarden, daar wij wel anders zouden wensen, doch niet anders kunnen tengevolge van het o.i. op dit punt niet doordachte stelsel der twee-zuilen-leer, zoals deze thans in de tekst is neergelegd en in het parlement – onweersproken – door zijn ontwerper is toegelicht. Bij deze toelichting is voorts gebleken, dat aan hem daarbij primair de belangen van derden, die met een der echtgenoten contracteren, voor ogen stonden¹.

Twee punten uit de wetsgeschiedenis zijn m.i. ter verdediging van mijn stelling van het grootste belang:

1° Art. 179 van het Ontwerp-Donker/Meijers² kende het „bestuur” over de goederen der gemeenschap aan de man toe, met uitzondering van de daarin uitdrukkelijk genoemde goederen, waarover het „bestuur” aan de vrouw toekwam; art. 179a bond echter de handeling van de bestuursbevoegde echtgenoot aan toestemming van de andere echtgenoot, indien deze handeling bestond o.a. uit een overeenkomst „tot vervreemding of bezwaring” van onroerende goederen, schepen, vorderingen en andere naamrechten, inboedelgoederen etc. Hieruit blijkt derhalve, dat reeds de –obligatoire – overeenkomst, die de verplichting tot vervreemding of bezwaring vestigde, in dit Ontwerp als een bestuursdaad werd beschouwd.

¹ Vgl. Toelichting op de Derde Nota van Wijzigingen no. 1430/16.

² Nader Gewijzigd Ontwerp, zie Van Ewijk-Polak p. 97/98.

2° In art. 177, zoals dit luidde in het amendement-Oud¹, ontbrak het thans bestaande tweede lid van het artikel; uit de door de voorstellers van dit amendement gegeven toelichting blijkt echter ten duidelijkste, dat men zich de samenhang en onderlinge verhouding der artt. 176 en 177 zeer scherp bewust was geweest. Deze toelichting onthult ons namelijk, dat men van de schulden bedoeld in art. 176 wilde uitsluiten de verbintenissen, die niet *in overeenstemming waren met het bepaalde in art. 177*. Hieruit volgt, dat de voorstellers onder de bestuursdaden van laatstgenoemd artikel de obligatoire overeenkomsten tot vervreemding of bezwaring medebegrepen. Hun bedoeling was, dat uit de obligatoire overeenkomst, die tot levering van een door de andere echtgenoot voor de gemeenschap verkregen zaak verplichtte, een verbintenis zou voortvloeien, die uitsluitend verhaalbaar zou zijn op het privé-vermogen van de handelende echtgenoot, derhalve geen gemeenschapsschuld in de zin van art. 176. Wanneer dit het wettelijk stelsel zou zijn geworden, zou men – hoezeer ook het beginsel der bestuursverdeling overigens afkeurende – hieraan consequentie niet hebben kunnen onzeggen. Thans zal echter blijken, dat Van Oven dit stelsel niet in de uiteindelijke wetstekst heeft vastgelegd, en zich niet heeft kunnen losmaken van de consequente twee-zuilen-leer, zoals hij die steeds heeft voorgestaan. Deze leer hield in de verhaalbaarheid op de gemeenschap van *alle* verbintenissen der echtgenoten en de beperking van het begrip „bestuursdaad” tot het sluiten van zakelijke en „semi-zakelijke” overeenkomsten; de bovengeciteerde uitlatingen van de ontwerper der uiteindelijke tekst bevestigen nu, dat hij – in afwijking van het amendement-Oud – bij de vaststelling der uiteindelijke tekst is blijven vasthouden aan zijn oorspronkelijke leer en derhalve aan zijn standpunt: „besturen” is slechts datgene, wat – zakelijk – „beschikken” is.

Het unieke feit doet zich verder voor, dat een rechtsgeleerde zijn reeds lang bestaande gedachten als mede-wetgever weet te realiseren, doch na zijn ministeriële periode in publicaties doorgaat de wetstekst te interpreteren. Terecht is opgemerkt, dat zodanige interpretaties geen wet meer maken². Niettemin is het belangwekkend te signaleren, dat Van Oven in deze post-ministeriële periode heeft bevestigd³, dat het sluiten der obligatoire overeenkomst, die tot vervreemding of bezwaring verplicht, inderdaad *niet* valt onder het begrip „bestuursdaad” uit het eerste lid. Hij stelt daarbij echter, dat hij de regeling van het tweede lid aan het bij het amendement-Oud voorgestelde eerste lid heeft toegevoegd om te bereiken, dat indien de bedoelde vervreemding of bezwaring door het sluiten der zakelijke overeenkomst heeft plaats gehad en

¹ Vgl. Wetsontwerp no. 1430, stuk no. 13.

² Vgl. De Grooth in Themis 1957 p. 197 e.v.

³ Zie in W.P.N.R. 4482/4484 het opstel „Art. 177 B.W.”.

derhalve – dan eerst – inbreuk is gemaakt op de bestuursregel van het eerste lid, het beroep van de besturende echtgenoot op de bepaling van het tweede lid niet alleen de zakelijke overeenkomst aantast, waardoor het vervreemde goed voor de gemeenschap behouden blijft, doch dit beroep ook de obligatoire overeenkomst berooft van haar karakter van gemeenschapsschuld in dier voege, dat zij en haar gevolgen uitsluitend komen ten laste van de handelende echtgenoot in privé.

Ik meen echter, dat deze posterieure toelichting weinig meer afdoet aan hetgeen bij de parlementaire behandeling is gezegd en geschreven. De ontwerper der wet heeft steeds de twee-zuilen-leer verdedigd met haar scherp onderscheid tussen verbintenis-scheppende overeenkomst en beschikkingshandeling. Dit onderscheid was door het amendement-Oud prijsgegeven, doch blijkens de bij de parlementaire behandeling gegeven toelichting wenste Van Oven strikte handhaving van het onderscheid. Bij de Derde Nota van Wijzigingen heeft hij het amendement overgenomen, doch de bedoeling van het door hem toegevoegde tweede lid is duidelijk geworden uit zijn uitlatingen als minister in de Tweede Kamer en bevestigd door evenbedoelde na zijn aftreden gegeven explicatie. Daarin betoogt Van Oven dat de grondgedachte van zijn prae-advies uit 1927 volledig is neergelegd in art. 177 (eerste lid), doch dat hij met het tweede lid beoogde een grotere bescherming van de bestuursbevoegde echtgenoot te verzekeren, in dier voege nl. dat de gevolgen van de verbintenis-scheppende overeenkomst, die een tot levering onbevoegde echtgenoot sluit, beperkt worden. Hieruit volgt duidelijk, dat ook Van Oven van mening is en als wetgever van mening was, dat deze verbintenis-scheppende overeenkomst in beginsel *niet* onder de norm van het eerste lid van art. 177 – doch onder art. 176 – valt. Deze norm nu kan door een latere toelichting op de toevoeging van een sanctiebepaling (art. 177 lid 2) niet worden veranderd. Mijn conclusie is dan ook, dat in het overhaaste wetgevingsproces van 1956, noch door de toevoeging van art. 177 lid 2, noch door de later daarvan gegeven explicaties, wijziging is gebracht in de consequente twee-zuilen-leer uit 1927, zodat nog steeds moet gelden, dat de obligatoire overeenkomst, die tot vervreemding of bezwaring verplicht een onaantastbare verbintenis ten laste der gemeenschap blijft opleveren.

De hier verdedigde opvatting is niet algemeen aanvaard; wij kunnen in hoofdzaak de volgende drie meningen in de doctrine onderscheiden:

1. De hierboven verdedigde leer, dat verbintenis-scheppende overeenkomsten, zelfs indien zij tot een zakelijke overeenkomst verplichten, steeds onder art. 176 vallen en – behoudens de wettelijke beperkingen uit de 6de Titel – derhalve onaantastbare gemeenschapsschulden opleveren. Onder de bestuurshandelingen,

bedoeld in art. 177 lid 1, vallen uitsluitend handelingen met zakelijk en – om met Van Oven te spreken – semi-zakelijk rechtsgevolg. De nietigheid van art. 177 lid 2 richt zich daarom uitsluitend tegen deze rechtshandelingen; de praktische consequentie hiervan is, dat zolang een obligatoire koopovereenkomst, gesloten door de met betrekking tot de verkochte zaak niet-bestuursbevoegde echtgenoot, nog niet door levering is gevolgd, aan de andere echtgenoot géén beroep op het tweede lid openstaat¹.

2. De opvatting, dat onder de bestuurshandelingen van art. 177 lid 1 mede zodanige obligatoire overeenkomsten vallen, die tot beschikkingsdaden als bovenbedoeld verplichten².

3. Tenslotte is de constructie mogelijk, dat men de bestuursdaden van het eerste lid beperkt tot zakelijke en semi-zakelijke rechtshandelingen en derhalve ook de verbintenisscheppende overeenkomsten, die daartoe verplichten, onder art. 176 doet vallen en dus in beginsel steeds als geldig beschouwt, doch deze laatste – indien de zakelijke handeling daarop is gevolgd in strijd met het eerste lid – van de gemeenschap diskwalificeert door het beroep van de andere echtgenoot op het tweede lid³.

Het praktische verschil tussen de eerste opvatting en de beide

¹ Deze leer is op brillante wijze verdedigd door De Grooth in R. M. Themis 1957 p. 197–245 en in W P N R 4623/24 („De twee zuilen van het nieuwe recht der gemeenschap van goederen”), aldus ook Prakken in zijn supplement op het prae-advies 1957 p. 19–24, Pitlo in het supplement op zijn „Personenrecht” p. 23, Lubbers (debat in de Alg. Vergadering van de Broederschap der Notarissen op 19 september 1957, blijkens het verslag in het Corr. Blad van de Broederschap der Notarissen 1957, p. 254) en Pres. Rb. Arnhem 6 april 1957, N. J. 1957 no. 296, in het kort geding, dat tot het Rijnzicht-arrest leidde.

² Aldus De Bruijn p. 270 en p. 290–298, alsmede in W P N R 4467 en W P N R 4631/32, in deze zin ook Klein in zijn Openbare Les te Groningen d. d. 1 dec. 1959 („Enkele opmerkingen over art. 177 B. W.”) en in W P N R 4631, alsmede Polak in zijn prae-advies p. 13 e. v. en duidelijker blijkens het verslag in het Corr. Blad van de Broederschap der Notarissen 1957 p. 281. De Bruijn ziet blijkens zijn opmerking in W P N R. 4632 p. 254 ook Asser-Scholten-Wiarda (p. 205) als zijn medestander, terecht wordt dit door Klein in zijn Openbare Les p. 9 betwijfeld.

³ Aldus meen ik Van Oven zelf te mogen verstaan blijkens zijn toelichting in W P N R 4482 p. 110. Slechts indien men hem zo verstaat m. i., is de schijnbare tegenstelling tussen zijn in de Tweede Kamer tot tweemaal gegeven omschrijving van het begrip „bestuurshandelingen”, enerzijds, en zijn uitlatingen in de Tweede Kamer bij het door hem gegeven voorbeeld van de dochter van de tandarts en bij zijn antwoord aan het Tweede Kamer-lid Van Rijkevorsel, anderzijds (vgl. Van Ewijk-Polak p. 38), verklaarbaar. Het merkwaardige is nu, dat De Bruijn en Klein door de verdediging der sub 2 vermelde opvatting pretenderen Van Oven's stelsel te verdedigen, hem aldus bijvallende in iets wat hij m. i. nimmer heeft geleerd. Daarom verwijt De Grooth (W P N R 4624) m. i. niet geheel terecht Klein bij zijn meningsvorming een „iurare in verba magistri”.

Dat Van Oven anders leert dan De Bruijn en Klein menen is nog ten duidelijkste gebleken uit zijn onderschrift (2) onder het artikel van Hoevers in W P N R. 4460. Op p. 6–8 van zijn Openbare Les zegt Klein tot tweemaal toe, dat Van Oven bij de behandeling van zijn ontwerp zich niet te volle heeft gerealiseerd welke inbreuk zijn wet op de twee-zuulentheorie had gemaakt, hoe kan men dan des wetgevers bedoeling zo zuiver weergeven, waar toch de latere meningsuitingen van Van Oven aan die bedoeling niets meer kunnen veranderen?

andere is hierboven duidelijk gebleken; tussen de tweede en derde bestaat het navolgende onderscheid: indien de man een door de vrouw geërfd onroerend goed, waaromtrent geen afwijkende bestuursregeling geldt, aan een derde verkoopt en zich tot de levering verbindt over zekere tijd, zal deze overeenkomst in de tweede leer *terstond* met een beroep op het tweede lid zijdens de vrouw aantastbaar zijn, evenwel in de derde leer eerst nadat ook de zakelijke overeenkomst is gesloten.

Duidelijke jurisprudentie, in het bijzonder over deze eminente rechtsvraag handelende, is tot heden nauwelijks voorhanden. Wel werd de rechter¹ reeds kort na de invoering der Lex Van Oven geïnteresseerd tot een beslissing over de vraag of het voeren van de exploitatie van een tot de gemeenschap behorend bedrijf te rangschikken valt onder de term „bestuur”. In het berechte geval twistten de echtgenoten elkander de leiding van een hotelbedrijf, waarvan het daartoe behorende onroerend goed, althans ten dele, van de zijde der vrouw in de huwelijksgemeenschap was gevallen; de affaire was echter reeds geruime tijd vóór de wetshervorming van 1956 onder de uitsluitende leiding van de man gekomen en daaronder gebleven. Nadat de President der Arnhemse Rechtbank in het hieromtrent aangespannen kort geding de hierboven verdedigde beperkte uitleg van het begrip „bestuur” had aanvaard en op die grond had beslist, dat de feitelijke bedrijfsleiding daaronder niet kan zijn begrepen, volgde als dictum, dat derhalve de vrouw gerechtigd was weer aan de leiding van het bedrijf deel te nemen.

In appèl overweegt het Hof, dat het onroerend goed onder bestuur staat van beide echtgenoten, terwijl de inventaris en verdere roerende goederen door de man – als ondernemer – voor de gemeenschap zijn verkregen en derhalve onder zijn bestuur staan, doch dat het feit, dat de man de eigenlijke *ondernemer* is, betekent, dat de vrouw niet tot deelneming aan de bedrijfsvoering kan worden toegelaten.

Opmerkelijk hierin is, dat het Hof aldus aan de inhoud van het bestuursbegrip voorbijgaat. Hierover klaagt dan ook – niet geheel ten onrechte – het cassatiemiddel als het 's Hofs overwegingen onbegrijpelijk noemt. De Hoge Raad wijst deze klacht af; de kern van het arrest is, dat het zeker thans aan ieder der echtgenoten vrij staat zelfstandig een bedrijf uit te oefenen en dat daarbij gemeenschapsgoederen als bedrijfsmiddel aan dat bedrijf kunnen worden dienstbaar gemaakt, zelfs als deze onder bestuur – genomen in de zin van art. 177 – van de andere echtgenoot

¹ Pres. Rb. Arnhem (kort geding) d.d. 6 april 1957, N.J. 1957 no. 296, vernietigd door Hof Arnhem 26 nov. 1957, N.J. 1958 no. 272. Tegen dit arrest werd het cassatieberoep verworpen door H.R. 9 mei 1958, N.J. 1958 no. 392 (bekend geworden als het „Rijnzicht”-arrest); het arrest werd besproken door De Grooth in *Ars Aequi nov.* 1958 p. 41–44.

staan. Dit betekent volgens de Hoge Raad echter nog niet, dat de laatste zich op die grond met de bedrijfsvoering zou mogen inlaten. Voor deze stelling wordt nu een beroep gedaan op de tekst van art. 177, zoals deze was voorgesteld in het amendement-Oud¹, waarin het bestuur – daaronder begrepen beheer – over beroeps- of bedrijfsgoederen uitdrukkelijk werd toegekend aan de echtgenoot, die het beroep of bedrijf uitoefent, terwijl genoegzame grond zou ontbreken om aan te nemen, dat de wetgever deze uitdrukkelijke bepaling wegliet, omdat hij betreffende dat beheer een andere regeling wenste.

Tenslotte overweegt de Hoge Raad, dat het Hof met de aangeduide bestuursverdeling t.a.v. het onroerend goed kennelijk slechts het oog had op beschikkingshandelingen los van het daarop uitgeoefende bedrijf.

Nu zou men uit deze laatste overweging en meer speciaal uit het het gebruik van het woord „beschikkingshandelingen” kunnen afleiden, dat de Hoge Raad eenzelfde uitleg geeft aan de term „bestuurshandelingen” als hierboven werd gegeven, doch daarvoor is m.i. het gebruik dezer uitdrukking in het arrest te incidenteel geweest, hoewel 's Raads terminologie meer wijst in de door ons gevolgde richting dan in die der tweede leer². Opvallend is evenwel, dat de Hoge Raad zo duidelijk het accent legde op het „beheer” van een bedrijf en dit stelde tegenover het bestuursbegrip van art. 177. Kennelijk werd hierbij gedoeld op daden van normale bedrijfsvoering, die slechts door de echtgenoot-ondernemer kunnen en mogen worden verricht en waarmede de regeling van art. 177 terecht niets van doen heeft.

Hier opent zich echter een terrein vol van belangwekkende vragen. Kan de echtgenoot-ondernemer *eenzijdig* onder bestuur van de andere echtgenoot staande gemeenschapsgoederen tot zijn bedrijfsmiddel bestemmen? Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden op grond van twee overwegingen. Voor eerst, omdat art. 179 van het Ontwerp-Donker aan de vrouw het bestuur toekende over haar beroeps- of bedrijfsgoederen, doch daaraan deed voorafgaan: „die de man haar uit de door hem bestuurde goederen *heeft verstrekt*”, aldus als voorwaarde stellende de instemming van de besturende echtgenoot. Daarnaast moet nog medewegen, dat de huwelijksgemeenschap een gezamenlijk optreden veronderstelt, tenzij de wet dit beginsel doorbreekt, gelijk zij dit door de bestuursverdeling van art. 177 (lid 1) doet.

Waar van bestuur in deze zin geen sprake is, zal dus de bestem-

¹ Luidende: „Indien de echtgenoten daaromtrent bij huwelykse voorwaarden geen regeling hebben getroffen, heeft ieder van hen het bestuur over de goederen, die van zijn zijde in de gemeenschap zijn gevallen of te zijnen name zijn gesteld, *over de goederen, die tot zijn bedrijf of beroep behoren* en over de goederen, die tot zijn persoonlijk gebruik zijn bestemd” Vgl wetsontwerp no 1430 stuk no 13 Zie ook art 179 van het Ontwerp-Donker, no 1430 stuk no 10

² Opmerkelijk is dan ook, dat De Bruijn p 271 de exploitatie van een tot de gemeenschap behorend bedrijf onder de term „bestuur” wil vatten

ming tot bedrijfsmiddel de instemming van de andere echtgenoot behoeven.

Voorts zal de vraag rijzen, of ondanks deze bestemming niet het beschikkingsrecht van de besturende echtgenoot blijft bestaan, zodat hij door vervreemding het bedrijfsmiddel aan de onderneming zal kunnen onttrekken¹. Wie met mij de instemming van de besturende echtgenoot eist voor deze bestemming tot bedrijfsmiddel, zal in deze instemming veelal een overeenkomst kunnen onderkennen, die weliswaar de externe beschikkingsmacht niet verandert, doch wel intern bepalend kan zijn voor de inhoud der uit art. 158 onderling voortvloeiende verplichtingen.

Tenslotte raakt het gestelde probleem de vraag van het gebruik, het genot en de feitelijke zeggenschap betreffende de gemeenschapsgoederen, voorzover deze aan de echtgenoten persoonlijk ter feitelijke beschikking staan.

Ook hier brengt de aard der gemeenschap mede, dat deze feitelijke macht aan beiden gelijkelijk toekomt². De *uitoefening* hiervan echter zullen zij in onderling overleg moeten regelen, waarbij het principe van art. 158 de verhoudingen zal beheersen. Zo zal dan ook een bestemming van een gemeenschapsgoed tot bedrijfsmiddel voor de ene echtgenoot, zelfs indien deze bestemming met goedkeuring van de andere echtgenoot tot stand kwam, niet onherroepelijk zijn, indien de laatste de betrokken zaak c.q. haar opbrengst wederom dringend tot zijn persoonlijk gebruik, in het belang van het gezin, nodig heeft. Men kan betreuren, dat de wetgever hieromtrent niets uitdrukkelijk heeft geregeld; men bedenke echter, dat een te gedetailleerde regeling schaaft en dat het redelijk oordeel van de rechter leidt tot een soepeler oplossing, die met de bijzondere aspecten van ieder geval op zich rekening houdt.

Van groot belang is hier de procedure, die werd beëindigd door het reeds bij de behandeling van art. 164a aangehaalde arrest van de Hoge Raad d.d. 23 dec. 1960³. In het berechte geval had de vrouw de gehele tot de huwelijksgemeenschap behorende inboedel in de loop van een echtscheidingsprocedure en in afwezigheid van haar man uit de echtelijke woning doen wegvoeren. In kort geding was de onrechtmatigheid hiervan uitgesproken met een niet nader gemotiveerd beroep op de bepaling van art. 164a, doch in hoger beroep had het Hof met appellante de toepasselijkheid van dit voorschrift twijfelachtig geacht. Niettemin had het Hof de presidiale beslissing gehandhaafd, thans echter op grond van het recht

¹ Vgl. De Grooth in zijn genoemde bespreking van het arrest, die deze mogelijkheid tot onttrekking zonder meer schijnt te erkennen.

² Aldus Van Oven bij de parlementaire behandeling van art. 177 (Hand II p. 2723/4, Van Ewijk-Polak p. 37), Hof Arnhem 12 nov. 1957, N.J. 1958 no. 228 en Hof 's-Gravenhage 30 juli 1960 (niet gepubliceerd), bevestigd bij H.R. 23 dec. 1960, N.J. 1961 no. 86.

³ Dit arrest werd voorts in ander verband vermeld op p. 103 in noot 1 onder § 4 van dit Hoofdstuk.

van de man op medegebruik en -genot dezer gemeenschapsgoederen, terwijl het cassatieberoep der vrouw werd verworpen, daar het betreffende cassatiemiddel feitelijke grondslag miste.

Aldus konden zowel Hof als Hoge Raad een onderzoek naar de betekenis van art. 164a voor de onderwerpelijke kwestie passeren en werd uitsluitend het hierboven aanvaarde wederzijdse recht op gebruik en genot van gemeenschapszaken erkend¹. Als men echter denkt, dat in evengenoemd wetsvoorschrift (art. 164a sub a) voor dit gemeenschappelijk gebruiksrecht steun gevonden zou kunnen worden, meen ik hierbij op een duidelijk onderscheid te moeten wijzen; vooreerst handelt deze bepaling slechts over woning en inboedelgoederen in de daaromschreven zin, terwijl het daarbij geheel irrelevant is of deze woning en inboedel tot de huwelijksgemeenschap behoren. Zij kunnen ook tot het privévermogen van een der echtgenoten – of zelfs aan een derde – toebehoren; het enkele gebruik als woning of inboedelgoed is immers beslissend. Daarom kan art. 164a (sub a) geen rechtswetenschappelijk argument zijn voor het bedoelde gebruiksrecht van gemeenschapsgoederen: het bestrijkt een geheel ander – tevens veel wijder – terrein. Het lost geen enkele vraag op – om een praktisch voorbeeld te geven –, indien de echtgenoten elkander het gebruik van een tot de gemeenschap behorende auto betwisten. Dergelijke vragen kunnen slechts met behulp van de uit het wezen der huwelijksgemeenschap af te leiden beginselen en het algemene voorschrift van art. 158 worden beantwoord. Een zwakke analogische richtlijn kan men daarbij nog vinden in de bepaling van art. 1676 sub 2 betreffende het gebruik van maatschapsgoederen.

Gaat het om gemeenschapsgoederen, die tevens onder art. 164a (sub a) vallen, dan treedt samenloop van regels in. Van mijn geneigdheid daarbij tot een rationele – ruime – uitleg van evengenoemde bepaling gaf ik reeds blijk door te aanvaarden, dat onder de term „handelingen tot beëindiging van het gebruik” feitelijke handelingen mede dienen te worden begrepen².

¹ Terecht werd hier door het Hof enig voorbehoud gemaakt, men leest immers in de rechtsoverwegingen o m „... dat toch het eigenmachtig wegvoeren door de vrouw van de *onderwerpelijke* tot de gemeenschappelijke inboedel van pp behorende zaken, *als hier is geschied*, oplevert een inbreuk op het recht van de man op het gebruik en genot van deze zaken”. Op deze wijze wordt mijn hierboven uitgesproken vertrouwen in de jurisprudentie bevestigd. Ook zeer aanvaardbaar is het arrest van het Hof Arnhem d d 12 nov 1957, hierboven aangehaald, waarin wordt beslist, dat het gezamenlijk gebruiksrecht der gemeenschapsgoederen na verbreking der samenwoning betekent, dat ieder recht op genot heeft van een in redelijkheid te bepalen gedeelte dier goederen.

² Vgl noot 4 in Hoofdstuk I § 6 op p 36 De Bruijn (Ars Aequi juni 1961 p 239) wil op het voorschrift van art 164a (sub a) wel een gemeenschappelijk gebruiksrecht baseren, ook van niet-gemene goederen die onder het voorschrift vallen. Ik vraag mij ook van deze laatste af of niet het van hogere orde zijnde beginsel van art 158 hier van meer betekenis is. Art 820 Rv is hiervan slechts de processuele verwerkelijking voor een bepaald geval, echter kan ik mij – anders dan De Bruijn t a p – met de P G in zijn conclusie tot het arrest van 23 dec 1960 indenken, dat een der echtgenoten hier zichzelf, – buiten de rechter om – recht

De overige hierboven opgesomde vragen betreffende de uitleg van art. 177 komen thans aan de orde.

Ad I

Het bestuur van de gemeenschapsgoederen wordt door de wetgever toegewezen aan de echtgenoot, van wiens zijde zij in de gemeenschap zijn gevallen. Over deze laatste woorden is de vraag betreffende – wat men is gaan noemen – de formele of materiële verkrijging ontstaan. Hiermede wordt bedoeld op de vraag of het aanwijzend criterium is: het juridische aspect der rechtsverkrijging, dan wel het meer economisch aspect der herkomst van de voor de verkrijging geleverde tegenprestatie. Indien derhalve een onroerend goed aan de vrouw wordt geleverd tengevolge van een aankoop, waarbij de betaalde koopsom door de man is gefourneerd uit de opbrengst van gemeenschappelijke, doch door hem geërfde effecten, wijst de formele verkrijging naar de vrouw, de materiële echter naar de man, als de bestuursbevoegde echtgenoot. Het is duidelijk, dat zowel de ratio legis, als de toelichting in het parlement gegeven¹, ten gunste der formele verkrijging pleiten. Nu het voorschrift voornamelijk terwille van het rechtsverkeer met derden zo is geconstrueerd, moet de herkomst der tegenwaarde irrelevant zijn².

Uitsluitend degene, te wiens gunste een der wijzen van rechtsverkrijging overeenkomstig art. 639 of anderszins heeft gewerkt, is derhalve in beginsel bestuursbevoegd. Zo zal, indien een bouwterrein aan de man is geleverd, maar zowel de aankoop als de stichting van het daarop vervolgens gebouwde pand geheel met door de vrouw geërfde gelden zijn gefinancierd, niet zij, doch uitsluitend hij, over grond en opstallen het bestuur voeren, daar indien er geen huwelijksgemeenschap bestond, uitsluitend de man door accessie de eigendom der opstallen zou hebben verkregen. Voor de onderhavige vraag zal het zelfs onverschillig zijn of de

verschafft, indien hij om gewichtige redenen een afzonderlijk verblijf betreft. Ook dit laatste is immers in de wet uitdrukkelijk erkend (art. 160 lid 1) als een wijze van zich recht verschaffen buiten de processuele weg van art. 160 lid 3 om.

¹ Hand II p. 2727/8 (Van Ewijk-Polak p. 39), Minister Van Oven „En het grote voordeel is, dat derden het recht hebben om zich te houden aan degene, op wiens naam – als ik deze uitdrukking zo mag gebruiken – het goed is gesteld – juridisch beter gezegd – degene, die het goed voor de gemeenschap heeft aangeworven”.

² Aldus ook Van Oven in W P N R 4482 en in zijn onderschrift bij het opstel van Hoevers in W P N R 4460, Asser-Scholten-Wiarda p. 204, De Bruijn p. 274 en in W P N R 4467, Polak p. 17 e v., Prakken p. 43 e v., Gedraglijnen p. 6, alsmede Van der Ploeg in zijn rechtspraak-overzicht in W P N R 4657.

Anders Hoevers t a p – aan wie de terminologie „formele-materiële verkrijging” is ontleend – en Hof 's-Hertogenbosch 28 okt. 1958, N J 1959 no. 319, dat zelfs een combinatie van formele en materiële verkrijging eist, waartegen terecht Van der Ploeg in W P N R 4657 zich keert. Deze beslissing van het Hof betekent een stap terug in de rechtsontwikkeling, die hopelijk geen navolging zal vinden, een poging tot cassatie in het belang der wet had hier niet mogen uitblijven!

man deze gelden met of zonder medeweten of instemming van de vrouw aldus besteedde. De derde immers zal – indien de man onrechtmatig handelde – de herkomst der gelden niet kunnen nagaan, aldus te goeder trouw zijn en de bescherming van art. 167 genieten. De vrouw heeft in het gestelde geval dan ook geen terugvorderingsrecht tegen de verkoper c.q. de aannemer; het herstel der rechtsposities moet zich intern afspelen.

Bij een wet van zo recente datum krijgt de rechtspraktijk – in het bijzonder de notariële praktijk – uiteraard nog dagelijks te maken met goederen, die voor de gemeenschap zijn verkregen onder *vigueur* van het oude recht. Men heeft twijfel opgeworpen of in zulk geval de bestuursregeling van art. 177 geldt; zou men deze regeling wel toepasselijk achten, dan zou, zo is betoogd, op ongeoorloofde wijze – in het bijzonder strijdig met de overgangsbepaling van art. V der Lex Van Oven – aan de wet terugwerkende kracht worden verleend¹. De misvatting in deze is echter juist in deze vermeende retro-werking gelegen; indien de wet vanaf haar datum van inwerkingtreding verklaart, hoe zij het bestuur wenst te zien verdeeld, is er geen sprake van terugwerking, indien zij daarbij rechtsfeiten anterior aan deze datum laat medespreken².

Overigens dient men bij de beantwoording der vraag, wie der echtgenoten onder *vigueur* der oude wet een zaak voor de gemeenschap heeft verkregen, bijzonder voorzichtig te zijn. Met name is dit het geval, indien onroerende goederen staande huwelijk door erfopvolging zijn verkregen. Bij het bestaan van algehele gemeenschap van goederen was het niet ongebruikelijk uitsluitend de man, als beheerder der huwelijksgemeenschap, te laten optreden in scheidingen van nalatenschappen, waarin de vrouw erfgename

¹ Aldus Prakken p 41/42, die hierin alléén is blijven staan; zijn mening heeft echter tot gevolg gehad, dat de Gedraglijnen p 6, gezien het bestaande meningsverschil, adviseren bij vervreemding of bezwaring van een zaak, verkregen vóór 1 jan 1957, de medewerking van beide echtgenoten te vragen. De notariële praktijk heeft zich wijselijk aan deze raad niet veel gelegen laten liggen. Als in de tekst o a De Bruijn p 274, Polak p 17/18 implicite en de debaters ter Algemene Vergadering van de Broederschap der Notarissen 1957 (vlg Corr Blad dec 1957 p 247 e v) van wie Buining aldaar tevergeefs een dringend beroep op Prakken deed – in het belang der rechtszekerheid – zijn mening te willen herzien.

² Een analogon moge dit toelichten. De Wet van 10 juli 1947 (S H 232, in werking getreden 1 september 1948) heeft art 336 ingevoerd, luidende: „Door zijn geboorte ontstaan tussen een natuurlijk kind en zijn moeder burgerlijke betrekkingen”. Toen men hieruit afleidde, dat derhalve ook sedert de invoering der wet familiebanden bestonden tussen een natuurlijk niet-erkend kind en zijn moeder, werd hiertegen aangevoerd, dat dusdoende aan de wet op ongeoorloofde wijze terugwerkende kracht zou worden verleend. Deze tegenwerping ziet echter voorbij aan het feit, dat indien een nieuwe wet verklaart bepaalde rechtsgevolgen te verbinden aan bepaalde rechtsfeiten, men niet in strijd komt met het verbod der terugwerkende kracht (art 4 Wet A B) door deze gevolgen ook – *ex nunc* – te verbinden aan reeds bij de invoering der wet bestaande toestanden.

Een ander analogon ligt in art 361 besloten voor een ouder, die zijn wettelijk vruchtgenot krachtens het bepaalde bij art 370 (oud) had verloren, doch dit op 1 sept 1948 kreeg ex art 361. Aldus ook H R 10 juni 1949, N.J. 1949 no 531.

was, terwijl de redactie der toedeling dan luidde: „toegedeeld aan A (de man) voor de algehele gemeenschap, waarin hij met B is gehuwd”. Ondanks deze redactie is het, gezien het declaratieve karakter der boedelscheiding, duidelijk, dat de vrouw hier als formeel verkrijgster – en derhalve als bestuursbevoegd – moet worden aangemerkt. De wijze van eigendomsverkrijging is hier immers erfopvolging en deze kan in het gestelde geval slechts de vrouw betreffen.

Ad II

Ten nauwste met de zo juist behandelde vraag verbonden is het probleem der onzekere herkomst van gemeenschapsbestanddelen. Speciaal doet zich dit voor bij stoffelijke roerende goederen, doch geheel onmogelijk is het niet met betrekking ook tot onroerend goed, wanneer bv. een perceel grond door verjaring is verkregen en door beide echtgenoten bezitsdaden zijn gesteld. Deze kwestie heeft in zijn algemeenheid grote praktische betekenis, daar na verloop van tijd in een huwelijk niet meer voor vaststelling vatbaar is, door welke echtgenoot iedere zaak op zich werd verkregen; in het bijzonder bij verkrijging door koop en levering zal de tijd de herinnering aan deze feiten uitwissen. Vaak zal zich ook de figuur van vertegenwoordiging daarbij hebben voorgedaan. Wie niet geheel blind is voor de realiteit des levens, zal trouwens opmerken, dat door de echtgenoten zelf aan de vraag aan wie hunner wordt geleverd doorgaans geen enkele aandacht wordt besteed, omdat ook de betekenis der rechtsgevolgen hiervan aan hen voorbijgaat. Met betrekking tot de verkrijging van roerend goed zal dit wel nimmer in het rechtsbewustzijn van het volk gaan leven, doch ook voor wat betreft de verkrijging van onroerend goed doet een vijftal jaren van ervaring in de notariële praktijk met de *Lex Van Oven* mij constateren, dat er re vera weinig is veranderd. Daarvoor is immers de constructie der bestuursverdeling te gekunsteld; gelijk vroeger blijft de man als verkrijger van onroerend goed voor de huwelijksgemeenschap optreden, zodat de praktische betekenis der bestuursverdeling niet groot schijnt en het argument voor de koersverandering aangevoerd, dat anders de vermogensrechtelijke gelijkstelling voor het overgrote deel der gehuwde vrouwen weinig zou beduiden, betrekkelijk weinig inhoud blijkt te hebben. Op dit punt moet, naar ik meen, erkend worden, dat de regeling van art. 179 uit het Ontwerp-Donker/Meijers van meer werkelijkheidszin getuigde.

In hoofdzaak werd Van Oven bij de realisatie van art. 177 dan ook gedreven door zijn gedachte aan de bescherming van derden, die als rechtverkrijgenden van een der echtgenoten optreden. Voor hen moest alles zo eenvoudig mogelijk gemaakt worden¹. Vanuit deze gedachte leert hij dan ook met name, dat met betrek-

¹ Vgl. Van Oven Hand. II p. 2723/24 (Van Ewijk-Polak p. 37) en in W.P.N.R. 4482 p. 111.

king tot goederen waarvan de herkomst onzeker is, beide echtgenoten onafhankelijk van elkaar, gelijkelijk bestuursbevoegd zijn¹.

Terecht heeft deze opvatting geen steun gevonden, zij is immers in strijd met de algemene regels die de mede-eigendom beheersen. De bestuursverdeling van art. 177 vormt een uitzondering op de algemene regel, dat beschikkingshandelingen slechts door de deelgenoten tesamen kunnen worden verricht. Waar deze uitzondering wijkt, herneemt de hoofdregel haar volle kracht; zij is thans nog ongeschreven recht, doch zal in het komende recht uitdrukkelijk worden vastgelegd (Ontwerp B.W. art. 3.7.1.7 lid 1)².

Ad III

De wettelijke bestuursverdeling geldt „tenzij de echtgenoten anders overeenkomen of de rechter ingevolge artikel 165 anders heeft bepaald” (art. 177 eerste lid in fine). De laatste mogelijkheid werd reeds behandeld; betreffende de eerste is echter groot meningsverschil ontstaan.

Vooreerst zijn vragen gerezen omtrent de aard van dit anders overeenkomen. De toelichting op de Derde Nota van Wijzigingen³ deelde hierover weinig positiefs mede, zodat in het parlement de minister werd genoopt tot een nadere verklaring. Hierop gaf Van Oven het in de literatuur bekende voorbeeld van de bestuurs-overeenkomst, gesloten door de tandartsdochter. Daarin nu komt de m.i. weinig gelukkige zinsnede voor: „De vrouw echter zal niet meer tot vervreemding bevoegd zijn”⁴. De indruk wordt op deze wijze immers gewekt, dat het sluiten ener afwijkende overeenkomst noodzakelijk bestuursoverdracht inhoudt, zodat de overdragende echtgenoot zelf voortaan *onbevoegd* is en de overeenkomst dus een privaat karakter draagt. Vanuit de kring der rechtspractici, terecht beducht voor de hechtheid van de eigendomstitels, die toch reeds in gevaar gebracht scheen door het systeem der bestuursverdeling zelf, rezen dan ook bezwaren.⁵ Van Oven heeft gepoogd deze te bezweren door na zijn aftreden als minister te verklaren, dat een „anders overeenkomen” zowel privaat als cumulatief kan zijn gesteld. In het laatste geval maakt

¹ Vgl. Van Ewijk-Polak p. 40 en W.P.N.R. 4484. Hoogst merkwaardig is ook, dat de derdenbescherming bij Van Oven zo zwaar weegt, dat dit hem in het – in de Tweede Kamer gegeven – voorbeeld der „Teniersen” (vgl. Van Ewijk-Polak t.a.p.) doet zeggen, dat roerende goederen door de tot het bestuur hierover onbevoegde echtgenoot „inderdaad geldig verkocht kunnen worden aan een verkrijger te goeder trouw” (!). Redeneert men op deze wijze, dan zou in de figuur van art. 2014 de ontrouwe bewaarnemer – en zelfs de dief drie jaren nadat hij verkocht – beschikkingsbevoegd genoemd moeten worden, als de verkrijger te goeder trouw is.

² In deze zin ook Polak p. 17 en De Bruijn p. 276.

³ Wetsontwerp 1430 no. 16 p. 7.

⁴ Van Ewijk-Polak p. 38.

⁵ Vgl. Hoevers in W.P.N.R. 4475 en Douwes in W.P.N.R. 4481.

men zijn echtgenoot mede volledig bestuursbevoegd, zonder echter eigen bevoegdheid prijs te geven¹.

Inderdaad zou ik deze beide mogelijkheden als besloten binnen de wettelijke regeling willen aanvaarden, niet – gelijk De Bruijn p. 279 doet – omdat Van Oven dit na zijn optreden heeft verklaard, want zulke verklaringen kunnen de bedoeling des wetgevers niet meer veranderen, doch veeleer, omdat de wetstekst deze – en nog meer – schakeringen toelaat. Het „anders overeenkomen” is toch een zo ruime uitdrukking, dat zij mede insluit afspraken omtrent alle goederen, categorieën van goederen of slechts bepaalde goederen, regelingen die privaat of cumulatief van aard zijn en tenslotte onherroepelijke, doch ook steeds eenzijdig herroepelijke overeenkomsten. Het door Van Oven gegeven voorbeeld van de tandartsdochter kan daarom niet limitatief worden opgevat.

Op de tweede plaats is er een debat ontstaan omtrent de vorm dezer bestuursovereenkomsten. Ik geloof, dat niet in ernst kan worden volgehouden, dat zij slechts bij huwelijksvoorwaarden kunnen worden aangegaan², hoezeer ik dit ook betreurt en terwille der rechtszekerheid anders zou willen zien geregeld. Vóór de vormloosheid van zulke afspraken pleiten echter m.i. te duidelijk de navolgende argumenten:

1°. In het amendement-Oud (art. 177) was deze afwijkende overeenkomst gebonden aan de vorm der huwelijksvoorwaarden, doch het Tweede Nader Gewijzigd Ontwerp liet deze eis vallen, hoewel het van dezelfde beginselen als het amendement uitging. Ook bij de parlementaire behandeling is minister Van Oven uitdrukkelijk van de vormvrijheid van bestuursovereenkomsten uitgegaan³.

2°. Het sluiten van een bestuursovereenkomst houdt geen afwijking van een wettelijke regel van huwelijksgoederenrecht in; de regel is immers, dat bestuursbevoegd is de formele verkrijger, c.q. de echtgenoot aan wie het bestuur bij overeenkomst is overgedragen of bij rechterlijke beschikking opgedragen. De mogelijkheid van bestuur krachtens overeenkomst of rechterlijke beschikking maakt in het aanvaarde stelsel dus deel uit van de wettelijke hoofdregel; zij is er een modaliteit van. Op deze grond is de bestuursovereenkomst dus niet onderworpen aan de voorschriften der artt. 194 e.v.; zij is geen overeenkomst van huwelijksvoorwaarden⁴.

¹ Vgl. het onderschrift bij het artikel van Hoevers, alsmede W P N R 4482.

² Gelijk Van der Ploeg aanneemt in zijn opstel „Welke overeenkomsten zijn huwelijksvoorwaarden?” in W P N R 4485/86.

³ Vgl. Van Ewijk-Polak p. 37: „Dit anders overeenkomen kan geschieden bij huwelijksvoorwaarden, maar het kan ook zeer goed bij simpele overeenkomst, schriftelijk of mondeling”.

⁴ Aldus ook Asser-Scholten-Wiarda p. 203 e.v., De Bruijn p. 277, Prakken supplement p. 24, Polak p. 14 en Van Oven in W P N R 4483, anders: Van der Ploeg in W P N R. 4486 („Welke overeenkomsten zijn huwelijksvoorwaarden?”),

Dit alles neemt niet weg, dat deze conclusie ten eerste moet worden betreurd. De vraag der bestuursbevoegdheid, die toch reeds door het vrij willekeurige stelsel van de koppeling dezer bevoegdheid aan het feit der formele verkrijging, zowel voor echtgenoten als voor derden is vol van onzekerheden, wordt immers door de toelating van veelsoortige en onzichtbare bestuursafspraken verder gecompliceerd. In het bijzonder met betrekking tot het rechtsverkeer in onroerende goederen is hier – gezien de sanctie van art. 177 lid 2 – de zekerheid van de eigendom in het geding en om deze reden was de beduchtheid der notariële praktijk niet gering¹.

Hierop zal nader worden ingegaan bij de bespreking der vraag naar de goede trouw van derden. Te wensen ware in ieder geval geweest bij wijziging der bestuursbevoegdheid betreffende onroerende goederen publicatie daarvan in de openbare registers voor te schrijven.

Rest nog slechts de vraag, wat de rechtsgevolgen zijn, indien partijen – hoezeer ook onverplicht – hun bestuursovereenkomst in een akte van huwelijksvoorwaarden hebben opgenomen. Bij het onderzoek bedoeld in Hoofdstuk III Deel B § 2 is overigens gebleken, dat deze vraag van louter academische betekenis is. Gewoonlijk wordt aangenomen, dat zulk een regeling slechts staande huwelijk gewijzigd kan worden op de wijze beschreven in art. 204. Om deze reden wordt opneming in de akte van huwelijksvoorwaarden dan ook vrij algemeen ontraden².

Mij komt deze opvatting verwerpelijk voor; door een overeenkomst, die materieel geen regeling van huwelijksvoorwaarden is, op te nemen in een akte van huwelijksvoorwaarden, verliest zij haar eigen karakter nog niet. Ik acht haar daarom ook in dit geval voor wijziging, buiten de vorm der huwelijksvoorwaarden om, vatbaar. Het is geen conclusie die voor het rechtsverkeer wenselijk is, doch zij is n.m.m. een noodzakelijk uitvloeisel van het aanvaarde stelsel³.

die aanneemt, dat het „anders overeenkomen” van artikel 177 wel onderworpen is aan art. 201, doch niet aan art. 204 lid 2, dat als *lex generalis* tegenover art. 177 als *lex specialis* op dit punt zou staan. In deze mening wordt m.i. voorbijgezien aan het feit, dat het „anders overeenkomen” geen afwijking – doch een toepassing – van de wettelijke hoofdregel is. Overigens ware het resultaat waartoe deze auteur komt, wel zeer te wensen, in zijn leer wordt immers de bestuursovereenkomst aan de vorm der notariële akte gebonden en is inschrijving daarvan in het register van art. 207 verplicht om tegen derden te werken.

¹ Vgl. o.a. Ten Kate in W P N R 4479, Prakken p. 41, Klein (Openbare Les) p. 15 e.v. en Pitlo supplement Personenrecht p. 22.

² Vgl. De Bruijn p. 277 en W P N R 4468, Van Oven in W P N R 4469 en 4483 en Polak p. 14. De Bruijn p. 277 ziet over het hoofd, dat Polak op p. 39 zijn standpunt van p. 14 relativiseert door nader te leren, dat de vraag of wijziging slechts via de formele weg van art. 204 mogelijk is, alleen beantwoord kan worden door interpretatie, bij twijfel wil hij als bedoeling van partijen bij opneming in de akte van huwelijksvoorwaarden aanvaarden dat wijziging slechts via de formele weg mogelijk is.

³ In deze zin ook Van der Ploeg in W P N R 4486.

Ad IV

Thans betreden wij het door het tweede lid bestreken terrein der sanctie op schending van de in het eerste lid vervatte bestuursregeling¹.

Heeft een echtgenoot gehandeld tegen de uit het eerste lid voortvloeiende regel van bestuur, dan kan de andere echtgenoot binnen één jaar, nadat de rechtshandeling te zijner kennis is gekomen, de nietigheid daarvan ten behoeve van de gemeenschap inroepen en het goed van een ieder terugvorderen.

Hier komt de vraag aan de orde of deze inroeping een beroep is op de onbevoegdheid van de handelende echtgenoot, dan wel op een titelgebrek. Voorts moet worden beslist of het beroep slechts door het instellen van een vordering in rechte kan worden ingesteld, dan wel niet aan enige vorm is gebonden. Zonder twijfel is de laatste vraag de eenvoudigste; het is duidelijk, dat zij in laatstgemelde zin moet worden beantwoord. Nergens stelt de wet het vereiste van een beroep in rechte; hier geldt dan ook een beginsel als o.a. bij de instelling der actio Pauliana (art. 1377) en bij de inroeping van het wettelijk erfdeel (artt. 960 e.v.)².

Toch zal hier enig voorbehoud gemaakt moeten worden. Bij de beide laatstbedoelde rechtsfiguren en ook elders, waar de wetgever aan nietigheid denkt of daarvan spreekt, zal m.i. een redelijke wetstoepassing medebrengen, dat aan de revindicatie der onrechtmatig vervreemde goederen een – zij het vormloze – verklaring voorafgaat, waarin het beroep op de nietigheid der betrokken vervreemdingshandeling aan de direct belanghebbende wordt kenbaar gemaakt.

Deze eis van billijkheid is nu, naar ik meen hier – evenals in art. 164b – tot een wettelijke eis gemaakt. Aan de nevenstelling „de nietigheid daarvan inroepen” en „het goed terugvorderen” kan betekenis niet ontzegd worden. Aan de terugvordering zal een verklaring van de echtgenoot, dat hij zich op het bepaalde in art. 177 lid 2 beroept, moeten voorafgaan. In mijn opvatting van het eerste lid zal deze verklaring echter niet als een beroep op nietigheid moeten worden verstaan, doch als een beroep op de onbevoegdheid van de vervreemder, gelijk thans ter sprake zal komen.

Thans is immers de eerste – rechtsdogmatische – vraag aan de orde; het antwoord erop hangt ten nauwste samen met het standpunt, dat men omtrent de inhoud van het begrip „bestuur” in het eerste lid aanneemt.

In mijn opvatting, dat hieronder slechts zakelijke of semi-zakelijke overeenkomsten zijn te verstaan, omvat het eerste lid een zakenrechtelijk bevoegdheidsvoorschrift, zodat de inroeping van het tweede lid een beroep op onbevoegdheid is.

¹ Juist is de opmerking van Prakken p. 40, dat taalkundig het tweede lid niet bij het eerste aansluit; waarneembaar is hier de toevoeging te elfder ure van het tweede lid.

² Aldus ook Polak p. 15, anders Prakken supplement p. 20.

Tot een ander resultaat zal men, naar ik meen, moeten komen, als wordt aanvaard, dat reeds de verbintenisscheppende overeenkomst die tot deze beschikkingsdaden verplicht, een bestuurs-handeling is. In deze leer vitieert het beroep de titel der beschikking, zijnde de verbintenisscheppende overeenkomst zelve. In de visie tenslotte, die ik aan Van Oven zelf meende te mogen toeschrijven, zal men m.i. moeten stellen, dat hoewel er in beginsel géén titelgebrek is en slechts de beschikkingshandeling van een onbevoegde afkomstig is, het beroep hierop tevens de titel aantast¹.

Dat in deze beide laatste opvattingen de aantasting der verbintenisscheppende overeenkomst wordt gerelativeerd, zal hierna aan de orde komen.

Ad V

In de hierboven verdedigde opvatting van het bestuursbegrip is slechts de *zakelijke* overeenkomst gesloten door een onbevoegde. Ik beperk mij bij de nu volgende bespreking tot een voorbeeld om de gevolgen hiervan uiteen te zetten; A en B zijn gehuwd in wettelijke algemene gemeenschap van goederen, waartoe behoort een door B (de vrouw) geërfd onroerend goed, dat door A aan C is verkocht en geleverd tegen een door deze aan A voldane koopsom. B doet – tempore utili – een beroep op het bepaalde in art. 177 lid 2. Dit betekent – slechts – een beroep op A's onbevoegdheid en de uitschakeling van de zakelijke overeenkomst A-C, zijnde de wilsovereenstemming tussen hen beiden tot eigendoms-overdracht. In beginsel kon deze wilsverklaring van A als deelgenoot in de huwelijksgemeenschap uitgaan, doch tengevolge van het stelsel der bestuursverdeling was hij niettemin iemand, die niet „gerechtigd was over den eigendom te beschikken”, gelijk art. 639 eist. In het algemeen zou dus tussen A en C geen eigendom kunnen overgaan, doch in het bijzonder geval van art. 177 relativeert de wet: dit is hier nl. slechts waar, indien de bestuursbevoegde echtgenoot zich op bedoelde onbevoegdheid en daardoor op de irrelevantie der zakelijke overeenkomst beroept binnen de voorgeschreven termijn. Bovendien is tegen C dit beroep slechts mogelijk, indien deze niet te goeder trouw is (art. 177 lid 2 in fine). Slaagt echter het beroep van B, dan blijkt dientengevolge, dat A niet heeft kunnen voldoen aan zijn verbintenis tot levering, nu de eigendom aan C komt te ontvallen².

¹ Vgl. ook Van der Ploeg's antwoord op Rvr. I in W.P.N.R. 4498; deze leert, dat het beroep op het tweede lid de inroeping van een titelgebrek zou zijn. Waar deze schrijver echter duidelijk ieder onderscheid tussen het obligatoire en het zakelijk contract verwerpt (vgl. laatstelijk hierover W.P.N.R. 4655/57), kan hij m.i. geen partij zijn in het debat omtrent de inhoud van het bestuursbegrip, zodat zijn oordeel i.c. geen werkelijke stellingname beduidt.

² In het hierna volgende wordt uitgegaan van de leer, dat de verkoper tot eigendomslevering verplicht is en mitsdien, dat de regeling der vrijwaringsactie na uitwinning (art. 1528) een *lex specialis* is van de regeling der wanprestatie. Vgl. hierover Asser-Kamphuisen 3de druk p. 69 e.v.

Deze verbintenis blijft echter onaangetast als vallende onder artikel 176. Nu C reeds aan de zijnerzijds ontstane verbintenis tot betaling heeft voldaan, zal hij in de geschapen situatie niet berusten. Jegens hem is wanprestatie gepleegd „propter rem non habitam”; indien B's optreden geleid heeft tot uitwinning van het verkochte onder C in de zin van art. 1528, zal aan C de vrijwaringsactie jegens A toekomen. Deze zal – nu A niet zakehjk zal kunnen vrijwaren – leiden tot zijn veroordeling tot voldoening van schadevergoeding overeenkomstig de regeling der artt. 1532 t/m 1535. Eerst door de betaling dezer vergoedingen zal de verbintenis, die A, door de obligatoire overeenkomst met C aan te gaan, schiep, tenietgaan. Behalve de koopsom zullen kosten, gederfde vruchten, eventuele waardevermeerdering der zaak en verdere schade aan C moeten worden vergoed. Dit alles komt echter ten laste der huwelijksgemeenschap; voorzover de betaling restitutie der koopsom omvat, is dit zonder meer duidelijk, daar deze ook in de gemeenschap vloede, doch ook voor de bijkomende verplichtingen jegens C is dit aanvaardbaar, nu de verbintenis A-C een schuld der gemeenschap was, die A bevoegdelijk en rechtsgeldig aanging.

Vindt geen uitwinning in eigenlijke zin onder C plaats, doch geeft deze het gekochte prijs zonder hiertoe in rechte gedwongen te zijn, dan mist C de vrijwaringsactie der artt. 1528 e.v.¹ Hij zal dan uit wanprestatie moeten ageren en ontbinding in rechte met schadevergoeding (artt. 1302 en 1303) kunnen vorderen. In dit geval zal de mede ten laste der gemeenschap bestaande obligatoire overeenkomst tenietgaan door de werking der in art. 1302 geregelde ontbindende voorwaarde². Vordert hij enkel schadevergoeding, dan zal de verbintenis der gemeenschap wederom tenietgaan door betaling der toegewezen vergoedingen.

De leer, dat mede de obligatoire overeenkomst door het beroep op het tweede lid vervalt, komt tot geheel andere conclusies. Zij leidt uit het gebruik der woorden „ten behoeve der gemeenschap” af, dat de gemeenschap niet de nadelige rechtsgevolgen der gewraakte handeling kan ondervinden, zodat in het gegeven voorbeeld A persoonlijk jegens C aansprakelijk blijft, welke verbintenis dan geen gemeenschapsschuld meer zou zijn. Zij zou slechts op zijn thans aanwezig of later te verwerven privé-vermogen verhaalbaar zijn³.

¹ Vgl. Asser-Kamphuisen p. 71.

² De hier verdedigde constructie lijkt mij te prefereren boven de figuur der onverschuldigde betaling, die De Grooth, Themis t a p (p. 211–212) en Prakken, supplement p. 21, aanvaarden. De betaalde koopsom was immers voldaan ter uitvoering van de nog steeds bestaande obligatoire overeenkomst. Deze dient óf te verdwijnen (art. 1302) óf de verkoper dient alsnog te presteren, hetgeen hij doet door de vrijwaringsvergoeding te betalen (art. 1532).

³ Aldus De Bruijn p. 281 en Polak p. 15. In W P N R 4467 noemt De Bruijn deze verbintenis „van de gemeenschap gediskwalificeerd”. Kennelijk is deze visie geïnspireerd op de toelichting van minister Van Oven bij de Derde Nota van

Evenals bij het bepaalde in art. 164b zegt ook hier de Toelichting bij de Derde Nota van Wijzigingen (1430 no. 16), dat een redelijke wetsuitleg en de eisen van het verkeer medebrengen, dat aan de wederpartij van de echtgenoot, die onbevoegd beschikte, het recht toekomt, de bestuursbevoegde echtgenoot, die stilzit, te sommeren zich binnen een redelijke termijn uit te spreken over de gestelde handeling. Spreekt deze zich niet uit, dan moet worden aangenomen, dat hij de handeling stilzwijgend bekrachtigt. Dit in de Toelichting neergelegde standpunt is weliswaar in overeenstemming met elders aanvaarde algemene rechtsbeginselen¹, doch het is de vraag – evenals bij art. 164b – of deze wel mogen worden toegepast op het onderwerpelijke geval, waarin de wet reeds een zeer korte termijn heeft gesteld.

Wat de interne gevolgen van overschrijding van bestuursbevoegdheid betreft, zo meen ik, dat tussen de echtgenoten zelf geen onderlinge schadevergoedingsplicht deswege ontstaat, ook al zou de overschrijding als misbruik moeten worden bestempeld. Dit echter niet, omdat een schuld-inschuld-verhouding tussen hen bij de wettelijke algehele gemeenschap juridisch onmogelijk zou zijn (vgl. § 4 van dit Hoofdstuk), doch omdat zij i.c. door de wetgever niet is gewild. In art. 179c van het Ontwerp-Donker was immers een schadevergoedingsplicht expressis verbis uitgesloten. Weliswaar is deze wetsregel bij de aanvaarding van het amendement-Oud komen te vervallen, doch uitdrukkelijk werd hierbij verklaard, dat de weglating niet betekende, dat *wel* een vordering tot schadevergoeding moest worden erkend².

Uiteraard is de echtgenoot echter niet geheel machteloos tegen schending der bestuursregeling door zijn mede-echtgenoot. Art. 180 stelt immers als één der gronden voor een vordering in rechte tot opheffing der gemeenschap: het verrichten van handelingen „die kennelijk indruisen tegen het bestuur van de andere echtgenoot over goederen der gemeenschap”. Het is hiertoe nodig, dat er sprake is van een min of meer stelselmatige – en dus ernstige – inbreuk op de bestuursregeling, zodat een enkele overtreding nog geen rechtsgrond tot deze actie zal opleveren³. Te bedenken valt echter, dat men door de opheffing der gemeenschap in rechte af te

Wijzigingen (1430 no. 16 p. 7), vgl. Van Ewijk-Polak p. 36. Onverklaarbaar blijft echter, waarom de teruggaaf der in de gemeenschap gevloede koopsom niet ten laste der gemeenschap zou moeten komen. In zijn bestrijding van De Grooth's opstel in Themis moet De Bruijn p. 298 dan ook erkennen, dat de restitutie der koopsom ten laste der gemeenschap komt, hij grondt dit op de leer der baat-trekking.

¹ Vgl. Asser-Scholten-Van der Grinten p. 51, H.R. 30 april 1948, N.J. 1949 no. 253 en Van der Heijden-Van der Grinten p. 408. Vóór toepassing in het onderhavige geval: Asser-Scholten-Wiarda p. 205. Anders en m.i. juist. De Bruijn p. 281.

² Vgl. wetsontwerp 1430 stuk no. 13, p. 5 rechterkolom. De Lex Van Oven heeft zich hierbij stilzwijgend aangesloten.

³ Vgl. de Toelichting op de Derde Nota van Wijzigingen, Van Ewijk-Polak p. 36.

dwingen, zichzelf uitsluit van de toekomstige vermogensaanwas, die aan de andere echtgenoot opkomt¹.

Ad VI

Tenslotte bepaalt dan het tweede lid, dat bij inroeping van de hierboven bedoelde nietigheid rechten te goeder trouw en om baat verkregen door derden, daaronder begrepen hij die met de echtgenoot heeft gehandeld, nochtans worden geëerbiedigd.

Wij zullen allereerst moeten ingaan op de omstreden vraag, wanneer de voorwaarden voor goede trouw hier in abstracto aanwezig kunnen zijn. Ten aanzien van onder art. 2014 vallende zaken kunnen wij kort zijn. De derde geniet hier de bescherming van het algemene recht, mits hij te goeder trouw is en voldoet aan de verdere eisen, gesteld door het ongeschreven recht, dat zich rond art. 2014 heeft gevormd. Dank zij de boven behandelde regel van art. 167 zal de eis der goede trouw nu veelal geen moeilijkheden opleveren.

Geheel anders is het gesteld met op naam staande zaken, waarvan de verkrijging der voornaamste categorieën – onroerende goederen, schepen en hypothecaire vorderingen – via de diensten van het notariaat plaats vindt. Wij zullen daarom het terrein van bespreking beperken tot de beantwoording der vraag, wat de notaris bij de opdracht, die hij ontvangt tot het voorbereiden van een transport-akte van onroerend goed, dient te onderzoeken². Deze opdracht houdt immers naar bestendig gebruik in, de bevoegdheid van de vervreemder te verifiëren en voor de hechtheid van des verkrijgers titel zorg te dragen. Bij deze extra-legale werkzaamheden zal zijn goede of kwade trouw aan de verkrijger worden toegerekend. Dit is in overeenstemming met het algemeen aanvaarde rechtbeginsel, dat indien een gemachtigde een zekere vrijheid van handelen bezit, zijn wil en wetenschap in het algemeen aan de opdrachtgever worden toegerekend³.

Bij de bepaling van de mate van zorgvuldigheid, die in deze moet worden betracht, zal reeds thans gelden de regel uit het Ontwerp-B.W. (art. 3.1.1.12): „Indien voor het intreden van een rechtsgevolg de goede trouw van een persoon wordt vereist, wordt hij die omtrent de feiten of het recht dwaalt, maar die de feiten of het recht behoorde te kennen, gelijkgesteld met hem, die de feiten of het recht kende. Bij de vaststelling van hetgeen

¹ Gewoonlijk wordt voorts nog als bezwaar genoemd, dat de opheffing slechts voor de toekomst baat brengt en derhalve het kwaad, dat geschied is, niet meer kan uitdelgen. Aldus ook De Bruijn p. 281. N m m wordt hierbij echter de betekenis van art. 180 lid 4 onderschat, vgl. hieromtrent het hierna bij art. 180 opgemerkte.

² *Mutatis mutandis* zullen voor andere rechtshandelingen, die notarieel worden geconstateerd, alsook voor naamrechten waarvan de verkrijging of bezwaring zich buiten het notariaat om voltrekt, dezelfde richtlijnen gelden.

³ Vgl. Asser-Scholten-Van der Grinten p. 47 en de aldaar vermelde literatuur en jurisprudentie.

iemand behoorde te kennen wordt rekening gehouden met de oplettendheid en het onderzoek, die van een normaal persoon in verband met de omstandigheden van het gegeven geval kunnen worden gevergd”.

Het normale onderzoek, dat van een notaris in de door de bestuursregeling van art. 177 geschapen omstandigheden gevergd zal worden, zal omvatten het onderzoek naar:

1. het al dan niet gehuwd zijn van de vervreemder, hetgeen geen bijzondere zorg vereist, daar heden ten dage een zo volledig mogelijke vermelding in de akte der personalia van partijen algemeen gebruikelijk is;

2. het bestaan van huwelijksvoorwaarden, indien de vervreemder gehuwd is, hetgeen eveneens deel uitmaakt van het normale onderzoek;

3. de vraag of de te vervreemden zaak behoort tot de huwelijks-gemeenschap;

4. de bestuursbevoegdheid van de vervreemder volgens de regel der formele verkrijging, hetgeen evenmin een bijzondere inspanning vereist, daar het onderzoek naar de eigendomsver-
krijging eveneens tot de normale notariële zorg behoort¹;

5. de mogelijkheid, dat de bestuursbevoegdheid door een priva-
tieve bestuursovereenkomst of door een rechterlijke bestuursop-
dracht (art. 165) is gewijzigd; hier zal gelden, dat – gelijk reeds uit
het voorgaande blijkt – in het openbaar huwelijksgoederen-
register van art. 207 of ten hypotheekkantore gepubliceerde be-
stuursovereenkomsten behoren te worden opgemerkt in gelijke
mate als bedoelde bestuursopdrachten, die immers in het huwe-
lijksgoederenregister moeten worden ingeschreven.

Hoe staat het echter met niet-gepubliceerde bestuursovereen-
komsten?

Naar ik meen is het een redelijk beginsel, dat uitzonderlijke, doch niet-gepubliceerde, rechtsfeiten niet werken tegen derden, die zich een redelijke mate van inspanning getroost hebben deze te leren kennen.

Men zal dus de naar de regel der formele verkrijging bestuurs-
bevoegde echtgenoot moeten vragen of een zodanige niet-gepubli-
ceerde – privatieve – bestuursoverdracht heeft plaats gehad. Redenen om vervolgens – bij een ontkennend antwoord – ook de andere echtgenoot nog te ondervragen, zie ik niet, behalve in geval van gegrond wantrouwen. Nu in de praktijk is gebleken hoe gering het aantal privatieve bestuursovereenkomsten is, zal voor dit wantrouwen zelden plaats zijn². Men bedenke steeds, dat de nota-
ris een vertrouwensman is, aan wie een ongegrond inquisitief op-
treden vreemd behoort te zijn. Probationis causa kan het nuttig

¹ De vermelding in de transportakte of hypotheekakte van de eigendoms-
titel van vervreemder c. q. hypotheekgever is zelfs algemeen gebruik.

² Vgl. de uitkomsten van de belangwekkende enquête door Klein gehouden
onder de notarissen der drie noordelijke provinciën, Openbare Les p. 15–19.

zijn het antwoord van de volgens de regel der formele verkrijging bestuursbevoegde echtgenoot op bedoelde vraag schriftelijk vast te leggen.

Op de vorenstaande vragen betreffende de in acht te nemen zorgvuldigheid bestaan overigens onderscheiden visies¹; zij stemmen echter in één opzicht overeen: algemeen wordt afgewezen het standpunt door Van Oven ingenomen dat men in het rechtsverkeer zelfs zeer wel te goeder trouw kan zijn, als men niet weet dat zijn wederpartij is gehuwd en ook geen enkele moeite heeft gedaan zulks te weten te komen. Het is duidelijk, dat hij zelfs bij zijn meest overtuigde medestanders hierin geen bijval heeft kunnen vinden²; deze stelling is immers onhoudbaar als in strijd met de hier te lande geldende opvattingen omtrent goede trouw ten aanzien van gepubliceerde rechtsfeiten³.

Wat de zorgvuldigheid van de derde *persoonlijk* betreft volsta ik met een enkele opmerking. Zijn optreden zonder notariële bijstand is in het gestelde geval der verkrijging van onroerend goed veelal beperkt tot het aangaan der obligatoire overeenkomst, tot het sluiten waarvan hij met zijn wederpartij heeft onderhandeld. In deze zakelijke sfeer past n.m.m. geen al te informatief optreden; redelijkerwijze mag van hem in dit stadium geen poging tot opheldering van alle door de Lex Van Oven mogelijk geworden complicaties worden verwacht. Zo zal doorgaans bij de sluiting der obligatoire overeenkomst goede trouw bestaan. Het is een sprekend bewijs temeer hoe onwerkelijk de leer is, die onder de bestuurshandelingen van art. 177 reeds de obligatoire overeenkomst begrijpt⁴.

§ 6. De gemeenschap en het faillissement van één der echtgenoten (artt. 61, 62 en 63 der Faillissementswet)

Door het faillissement van een der echtgenoten wordt de tussen hen bestaande huwelijksgemeenschap niet ontbonden. Niettemin heeft dit faillissement enige bijzondere huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen, die hun regeling vinden in de artt. 61, 62 en 63 der Faillissementswet.

¹ Vgl. Klein, Openbare Les t a p, die tot nagenoeg gelijke conclusies komt als in de tekst en voorts – in verschillende zin – Prakken p 44, Polak p. 16, De Bruijn p. 285 e v en in W.P.N.R. 4504, Pitlo Supplement p 22, Van Oven in W.P.N.R. 4483, Hoevers in W.P.N.R. 4460 en 4475, Ten Kate in W.P.N.R. 4479, Rozemond in W.P.N.R. 4480, Douwes in W.P.N.R. 4481.

² Vgl. De Bruijn p 284.

³ Vgl. H.R. 1 maart 1935, W 12912, N.J. 1935 p 833 m o v. Scholten, Rozemond t a p en laatstelijk Wiarda in diens belangwekkend hoofdartikel in W.P.N.R. 4567/4568, waarin een schat van jurisprudentie en literatuur is verzameld.

⁴ Immers op grond van de bestaande goede trouw zal ook deze leer dan vrijwel steeds de onaantastbaarheid der obligatoire overeenkomst moeten erkennen! Hoe dicht men dan komt bij het door ons verdedigde stelsel bewijst de opmerking van Klein, Openbare Les p 19 (voorlaatste alinea)

De Wet van 14 juni 1956 heeft deze bepalingen gewijzigd, evenwel niet in principiële zin. De aangebrachte wijzigingen zijn immers slechts:

1. consequente toepassingen van het beginsel der vermogensrechtelijke gelijkheid, waar hetgeen tot 1 januari 1957 slechts voor de man, resp. de vrouw, gold, thans wederkerig wordt gesteld (vgl. art. 61 lid 1, 3, 4, 5 en 6 en art. 62 F.W.);

2. van technische aard, waar wegens de centralisatie der bewijsvoorschriften in art. 205 B.W. aanpassing nodig was (vgl. art. 61 lid 2 F.W.);

3. van redactionele aard, waar men verduidelijking nodig achtte (vgl. art. 63 lid 1 F.W. in fine).

De aldus gemoderniseerde beginselen, die aan de hier aan de orde zijnde samenloop der beide rechtsfiguren, huwelijksgoederenstelsel en faillissement, ten grondslag liggen, kunnen nu als volgt worden samengevat:

I. In het faillissement van de in enige gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot valt de gehele gemeenschap.

II. Zelfs de privé-goederen van de echtgenoot van de gefailleerde kunnen in het faillissement worden betrokken, indien deze echtgenoot er niet in slaagt zijn eigendomsrechten te bewijzen op de in art. 61 voorgeschreven wijze, waarbij voor sommige categorieën van goederen een verscherpte, van de regeling in het Burgerlijk Wetboek afwijkende, bewijsmethode geldt.

III. Vorderingen van de echtgenoot van de gefailleerde op laatstgenoemde kunnen in het faillissement worden geldend gemaakt (art. 61 lid 6 F.W.), met uitzondering van bij huwelijksvoorwaarden toegezegde voordelen (art. 62 F.W.).

Ad I

De betekenis van de woorden „enige gemeenschap” dient nader te worden omschreven. De vraag rijst nl. of hieronder mede moeten worden verstaan vormen van mede-eigendom, die berusten op een andere grondslag dan het door wet of huwelijksvoorwaarden tussen de echtgenoten bestaande goederenstelsel. Bedoeld zijn dus vermogens-bestanddelen, die niet vallen in een vorm van huwelijksgemeenschap, doch aan hen gezamenlijk toebehoren in vrije mede-eigendom – bv. tengevolge van een gezamenlijke aankoop –, die behoren tot het vermogen van een door hen opgerichte maat- of vennootschap of die door hen gezamenlijk door erfopvolging zijn verkregen.

Het antwoord op deze vraag kan niet moeilijk zijn; vooreerst wijst de grammaticale uitleg reeds naar de beperkte opvatting. Volgens de tekst valt immers in het faillissement „enige gemeenschap van goederen” waarin de gefailleerde *is gehuwd*. Hieruit volgt reeds, dat de regel zich slechts richt tot huwelijksvermogensrechtelijke vormen van gemeenschap. Daarnaast pleiten juridisch-technische argumenten vóór deze opvatting. De huwe-

lijksgemeenschap is toch een vorm van mede-eigendom sine partibus, waarin ieder deelgenoot een volledig recht heeft, zij het dat de andere dit eveneens heeft. Verklaart men deze gemeenschap niet door faillissement ontbonden, dan kan men moeilijk anders doen dan bepalen, dat zij geheel in het faillissement valt. Een vrije gemeenschap daarentegen levert voor ieder deelgenoot een voor executie vatbaar aandeel op, terwijl een tussen echtgenoten bestaande maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap door het faillissement van één hunner wordt ontbonden (artt. 1683. 4° B.W. en 15 W. van K.). De aldus ontbonden maat- of vennootschap en de nalatenschap dienen vervolgens te worden gescheiden met inachtneming van het bepaalde in art. 56 F.W., dat bovendien op zich reeds een duidelijk argument oplevert voor de hier gegeven leer¹.

Dat de bestaande algehele of beperkte gemeenschap door het faillissement van één der echtgenoten niet wordt ontbonden, acht ik overigens geenszins een voorschrift, dat toegejuicht dient te worden². Het valt m.i. te betreuren, dat hier het amendement-Oud niet is gevolgd, hetwelk in art. 178 sub 7 het faillissement van één der echtgenoten als ontbindingsgrond voorstelde³. Deze regeling zou vele gunstige aspecten hebben gehad; vooreerst zou zij de artt. 61, 62 en 63 F.W. zeer hebben vereenvoudigd. Daarnaast echter zou dit een volledige afwikkeling der gemeenschap hebben betekend, waarbij het derhalve – in geval van beperkte gemeenschap – niet meer voor betwisting vatbaar ware geweest, dat de andere echtgenoot zijn repriserechten volledig zou kunnen uitoefenen.

Uit het bovenstaande zal het duidelijk zijn, dat ik een beperkte uitleg van art. 63 F.W. (eerste zin) voorsta. Hieruit volgt mede, dat n.m.m. een huwelijksgemeenschap, die ten dage der faillietverklaring reeds ontbonden is, niet onder het voorschrift valt⁴.

De regel, dat het faillissement mede de huwelijksgemeenschap omvat, beduidt voor de gemeenschapsactiva, dat zij in het faillissement vallen, zulks behoudens de uitzonderingen van humanitaire aard in art. 21 F.W. opgesomd, die, voorzover zij inkomsten betreffen, mede slaan op inkomsten van de echtgenoot van de

¹ De Bruijn p. 687 oordeelt in gelijke zin, doch spreekt slechts over de vrije mede-eigendom.

² Gelijk De Bruijn p. 682 doet, die leert dat de regeling „grote voordelen biedt”. Een dier voordelen zou zijn haar eenvoud, hetgeen echter m.i. juist voor het tegendeel geldt. Een ander voordeel zou zijn, dat het „de waarschijnlijke bedoeling der echtgenoten” is de gemeenschap intact te laten, dit lijkt mij zeer gezocht. Is er al van een bedoeling van partijen sprake, dan is deze in casu toch rechtens irrelevant. Speelt hier toch niet de ook door deze schrijver (p. 169) verworpen „société taissable” een onbewuste rol?

³ Wetsontwerp 1430 no. 13.

⁴ Aldus ook Hof Amsterdam 28 juni 1944, N.J. 1944/45 no. 620 en H.R. 16 okt. 1942, N.J. 1942 no. 817.

failliet (art. 22 F.W.). Het voorschrift van art. 63 F.W. heeft echter mede betekenis voor de passiva, die op de gemeenschapsgoederen verhaald kunnen worden; gelijk wij zagen – in § 4 van dit Hoofdstuk – zijn dit alle gemeenschapsschulden, doch ook *alle* privé-schulden van beide echtgenoten. Niettemin maakt de wet in het systeem der vereffening een duidelijk onderscheid tussen beide soorten van schulden: privé-goederen van de failliet worden immers primair bestemd tot verhaalsobject voor schuldeisers, die hierop verhaal zouden kunnen zoeken indien er generlei gemeenschap was. Hiertoe behoren nu de schuldeisers van:

1. privé-schulden van de failliet; 2. door hem zelf aangegane gemeenschapsschulden; 3. gezamenlijke schulden, als bedoeld in de artt. 162 lid 1 en 164 B.W. Deze schuldeisers hebben echter bovendien verhaal op de gemeenschapsgoederen (art. 176 lid 2 B.W.). Dit maakt, dat wij hebben te beslissen welke volgorde van verhaal de wetgever zal hebben bedoeld. Een gelijktijdig verhaal voor het geheel, zoals geregeld in artikel 136 F.W., acht ik niet toegelaten, waar dit artikel een exceptieve regelinhoudt. Het is nu wellicht aantrekkelijk aan te nemen, dat allereerst de gemeenschapsactiva moeten worden vereffend ten behoeve van de crediteuren die daarop verhaal hebben, terwijl vervolgens degenen onder hen, die mede verhaal hebben op privé-vermogen van de failliet, zich op dit vermogen kunnen verhalen voor hun restantvorderingen¹, maar het komt mij voor, dat de wet noch uit taalkundig, noch uit historisch oogpunt tot deze opvatting dwingt. Men zal m.i. bij het antwoord op deze vraag ook het gerechtvaardigd belang van de andere echtgenoot moeten laten medespreken, die immers moet toezien hoe de gemeenschapsgoederen in het faillissement verdwijnen. Deze heeft er vaak belang bij, dat de crediteuren, die op de gemeenschapsactiva verhaalsgerechtigd zijn, dan ook zoveel mogelijk daaruit ontvangen. Hieronder zijn immers mede begrepen de crediteuren der privé-schulden van deze niet-gefaillieerde echtgenoot, alsmede die der door hem aangegane gemeenschapsschulden.

Mijn conclusie is daarom, dat die wijze van vereffening moet worden gevolgd, die aan de niet-gefaillieerde echtgenoot de minste schade toebrengt. Berekeningen, die men hieromtrent maakt, tonen m.i. aan, dat vrijwel steeds een afwikkeling, die allereerst het privé-vermogen van de gefaillieerde liquideert, voor diens echtgenoot het minst nadelig is.

Het betrokken worden der gehele gemeenschap in het faillissement zal voorts betekenen, dat de curator vanaf de dag der faillietverklaring het bestuur over de gemeenschapsgoederen in handen neemt (artt. 23 en 68 F.W.). Het bestuur der echtgenoten,

¹ Aldus De Bruijn p. 685, die de keuze niet moeilijk vindt op grond van de tekst van art. 63 F.W.

overeenkomstig de regel der bestuursverdeling (art. 177 B.W.), is daarmee onverenigbaar.

Hierbij ontstaan echter verschillende rechtsvragen, aan sommige waarvan men bij de herziening van art. 63 F.W. wel enige aandacht had mogen besteden, temeer waar wel gedacht werd aan toepasselijkverklaring van de bepalingen der Faillissementswet betreffende door de gefailleerde schuldenaar verrichte handelingen (zo de artt. 37, 38, 38a, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47 en 48 F.W.) op handelingen van de andere echtgenoot, waardoor de gemeenschap werd verbonden (art. 63 F.W. lid 2). Kennelijk ziet dit verwijzingsartikel op *vóór* het faillissement verrichte handelingen.

In het kort zal ik enkele onbeantwoorde vragen aanduiden.

Op de eerste plaats zal men in het belang der faillissementsorde het bestuur over de gemeenschap *zonder beperking* aan de curator moeten toekennen. Ook bestuur krachtens rechterlijke bestuursopdracht (art. 165 B.W.) of ingevolge een – zelfs privatieve – bestuursovereenkomst zal een einde nemen op dezelfde wijze als, indien een onder curatele gestelde zou failleren, het bestuur van de curator eindigt ten aanzien van het in het faillissement vallende vermogen.

Ik meen echter, dat formeel de toestemming van de echtgenoot van de gefailleerde ex art. 164a B.W. zal vereist blijven tot de aldaar bedoelde handelingen, waarvan ten deze alleen van praktisch belang zal zijn de vervreemding van de woning en/of de inboedel, voorzover deze bij bedoelde echtgenoot in (mede-)gebruik is¹. Deze toestemming verleent hij immers niet als deelgenoot in de gemeenschap, doch als echtgenoot.

Voorts is niet uitdrukkelijk bepaald, dat de echtgenoot van de gefailleerde de gemeenschap niet meer binden kan door het aangaan van gemeenschapsschulden overeenkomstig art. 176 B.W. Ook hier echter eist de faillissementsorde, dat art. 24 F.W. mede geldt voor verbintenissen van deze echtgenoot. Men kan stellen, dat zulks door de strekking van art. 63 F.W. wordt medegebracht, doch wenselijker ware het n.m.m. geweest aan het tweede lid van deze bepaling een ruimere inhoud te geven. Meer algemeen had men m.i. de echtgenoot van de gefailleerde, voorzover hij deelgenoot is in de gemeenschap, met de gefailleerde moeten gelijkstellen.

Zo zal op aan de echtgenoot van de failliet toekomende erfenissen, die in de huwelijksgemeenschap vallen, de bepaling van art. 41 F.W. evenzeer moeten worden toegepast.

Dat men enerzijds evenwel te eng, anderzijds te ruim heeft geformuleerd, blijkt bv. uit het bepaalde in art. 56 F.W., dat niet zal kunnen worden toegepast op de huwelijksgemeenschap, die tijdens het faillissement wordt ontbonden. Men kan immers aan

¹ Veel praktisch belang zal dit overigens niet hebben, daar bij weigering van toestemming art. 164a B.W. (in fine) zal worden toegepast en de rechtbank toestemming zal verlenen wanneer de te gelde making noodzakelijk is.

de werking van deze nadrukkelijke tekst slechts ontkomen door te stellen, dat de andere echtgenoot zich niet meer – in relatieve zin – met de gefailleerde „in een gemeenschap bevindt”, waar immers deze gemeenschap geheel in het faillissement is getrokken.

Zuiverder lijkt mij op grond van dit alles de visie, dat men materieelrechtelijk¹ de andere echtgenoot mede als gefailleerde moet beschouwen, echter in relatieve zin, nl. slechts in zoverre hij deelgenoot is in enige huwelijksgemeenschap. Deze zienswijze had m.i. de wetgever – aldus geformuleerd – in art. 63 F.W. tot uitdrukking moeten brengen. Zij is er thans slechts door combinaties van tekstfragmenten – de inleidende zin van het eerste lid, gevoegd bij het extensief uitgelegde tweede lid – uit te distilleren mede in verband met de bepaling van art. 22 F.W. Deze zienswijze zou m.i. ook een oplossing brengen van de kwestie, wie bevoegd is tot aanbidding van een accoord (art. 138 F.W.). Naar luid van deze bepaling is dit „de gefailleerde”, zodat hier in zeker opzicht wordt gederogerd aan het beginsel der onbevoegdheid van de art. 23 en 24 F.W.

Het accoord is een overeenkomst tussen een schuldenaar en zijn schuldeisers. Indien nu schuldeisers van de echtgenoot van de failliet-verklaarde in het faillissement zijn opgekomen, is derhalve uit dien hoofde zijn medewerking aan de overeenkomst vereist. De vraag welke echtgenoot de gemeenschap vóór het faillissement bestuurd, schijnt mij in deze geen enkele rol te spelen. Het gaat hier immers niet om bestuursdaden, doch om regelingen tussen schuldeisers en schuldenaren; daar vrijwel steeds ook de echtgenoot van de gefailleerde persoonlijk schuldenaar zal zijn van bepaalde schuldeisers, die in het faillissement zijn opgekomen, concludeer ik, dat nagenoeg steeds de medewerking van beide echtgenoten tot het accoord zal zijn vereist².

Wie met mij aanneemt, dat, voorzover de andere echtgenoot als deelgenoot in de gemeenschap de vereffening van een deel van zijn vermogen moet dulden, hij als mede-gefaillieerde moet worden beschouwd, zal dit des te gerader kunnen aanvaarden.

¹ De Rb. Zwolle aanvaardde in haar vonnis van 13 maart 1957, N J 1957, no. 565, kennelijk deze opvatting ook voor de oplossing van processuele vragen door aan te nemen dat aan de in algehele gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot van de gefailleerde recht van hoger beroep toekomt tegen het vonnis van faillietverklaring. Anders terecht voor deze vraag. H R 27 februari 1959, N J 1959 no. 556 en Hymans van den Bergh in zijn onderschrift bij dit arrest; de argumentering van de H R en de annotator lijkt mij echter te algemeen.

² Doorgaans wordt aangenomen, dat de echtgenoot van de gefailleerde gerechtigd is een accoord aan te bieden, indien hij bestuursmacht over de gemeenschap bezit, vgl. Molengraaff („De Faillissementswet verklaard”) p. 492 e.v. (o.a. voor art. 180 B.W. oud) en De Bruijn p. 689 (voor art. 165 B.W. en bij bestuursoverdracht krachtens overeenkomst). Ik vermag echter niet te zien wat de vraag, wie de goederen vóór het faillissement bestuurd, te maken heeft met deze transactie tussen crediteuren en hun debiteur(en).

Slechts bij een liquidatie-accoord zou ik mij kunnen voorstellen, dat – op grond van deszelfs inhoud – de bestuursvraag een rol speelt.

Ook de bevrijdende gevolgen van het accoord zullen zich in deze opvatting duidelijker aftekenen. Voorzover de niet-faillietverklarde echtgenoot als persoonlijk schuldenaar aan het accoord heeft moeten medewerken, zal daarin een uitdrukkelijke regeling zijn getroffen omtrent de aanspraken van crediteuren op zijn privé-vermogen, dat niet door het faillissement is getroffen. Heeft echter de faillietverklarde het accoord alleen kunnen sluiten, dan heeft dit géén bevrijdende werking voor zijn echtgenoot, indien deze privé-vermogen bezit. Deze laatste was dan immers door het accoord niet persoonlijk verbonden, doch geldt slechts als een mede-schuldenaar, voor wie een accoord geen bevrijdende werking bezit (art. 160 F.W.)¹.

Typierend voor de haast waarmede de wetshervorming van 1956 is doorgevoerd is o.m. het feit, dat duidelijk naar voren treedt hoe weinig men zich de invloed van het nieuwe stelsel op de faillissementsbepalingen heeft gerealiseerd. Zal bv. een echtgenoot op eigen aangifte kunnen worden failliet verklaard en zodoende eenzijdig het bestuur van de andere echtgenoot over de gemeenschapsgoederen kunnen tenietdoen? Aanvaardt men dat deze aangifte slechts door beiden tezamen kan worden gedaan, gelijk de advocaat-generaal Loeff deed in zijn conclusie tot het arrest van de Hoge Raad d.d. 27 februari 1959 (N.J. 1959, no. 556), dan geeft men blijk te denken in een richting waarin ik hierboven meende te moeten gaan. Niettemin lijkt mij een eenzijdige aangifte niet nietig ex art. 177 (lid 2) B.W., gelijk de advocaat-generaal meent. Het verzet als belanghebbende krachtens art. 10 F.W. kan m.i. voor de andere echtgenoot i.c. voldoende bescherming bieden, indien men een eenzijdige aangifte bij het bestaan van „enige gemeenschap van goederen” in beginsel mogelijk acht.

Ad II

Het privé-vermogen van de andere echtgenoot is materieel-rechtelijk geen deel van de failliete boedel (art. 61 F.W. eerste lid). Reeds de in deze bepaling gebruikte terminologie is echter markant: de wet verklaart, dat hij de betrokken goederen „terugneemt”. Men gaat er dus in feite van uit, dat het faillissementsbeslag zich in beginsel uitstrekt over al hetgeen de echtgenoten bezitten. De aan dit stelsel ten grondslag liggende gedachte is vervuld van wantrouwen; de wetgever vreest samenspanning tussen de echtgenoten. De uitwerking dezer grondgedachte vindt gestalte in een verscherpte bewijsregeling met betrekking tot deze terugneming; het wettelijk stelsel kan als volgt worden samengevat:

1. De aanbrengst ten huwelijk van buiten de gemeenschap gesloten goederen wordt bewezen op de wijze van art. 205 B.W. (eerste lid). Dit is nog geen verscherping, daar hier verwezen

¹ Vgl. hieromtrent in verschillende zin H.R. 28 nov. 1895, W.6767, Molen-graaff t.a.p.) p. 272 en De Bruijn p. 690.

wordt naar de gewone burgerrechtelijke bewijsregels (art. 61 F.W. tweede lid). Terecht wordt immers algemeen aanvaard, dat achter dit voorschrift niets moet worden gezocht; de wetgever bedoelt geenszins de regel van art. 205 B.W. (eerste lid) i.c. mede verplicht te stellen voor op naam staande goederen. Nu deze niet in laatstgenoemd voorschrift worden vermeld, zal het bewijs van hun aanbrengst, ook in faillissement, vrij kunnen worden geleverd¹.

2. De verkrijging van roerende goederen staande huwelijk in-gevolge erfopvolging, legaat of schenking door de andere echtgenoot in privé moet, bij geschil, door beschrijving of bescheiden blijken (art. 61 F.W. derde lid). Hierin ligt nu een verzwaring tegenover art. 205 B.W. (tweede lid), dat immers bij dit bewijs alle middelen toelaat².

De nevenstelling „beschrijving of bescheiden” is niet geheel duidelijk; wel is haar oorsprong verklaarbaar: zij stamt uit art. 221 (oud) B.W., waarnaar de oude tekst van art. 61 F.W. verwees. Onder „beschrijving” zal een authentieke of onderhandse akte van boedelbeschrijving moeten worden verstaan, terwijl als „bescheiden” zullen mogen worden beschouwd alle geschriften, waaruit de overtuiging omtrent het werkelijk bestaan van de erfenis, making of schenking redelijkerwijs kan worden geput³. Als zodanig zullen gelden scheidingsakten, testamenten, akten van afgifte van legaten, schenkingsakten, doch ook aangiften voor het recht van successie of schenking.

3. Goederen, aan de andere echtgenoot in privé toebehorende en voortkomende uit belegging of wederbelegging van zijn privé-gelden, kunnen eveneens door hem worden teruggenomen, mits die belegging of wederbelegging bij geschil door „voldoende bescheiden, ten genoegen van de rechter” worde bewezen (art. 61 F.W. vierde lid).

Ook deze regeling is strenger dan de buiten faillissement geldende voorschriften. Vooreerst dient echter opgemerkt te worden, dat het voorschrift geen speciale eisen stelt aan het bewijs van het feit van de eigendomsverkrijging der door (weder-)belegging verkregen zaken zelf, ja zelfs hierover geheel zwijgt. Toch lijdt het geen twijfel, dat ook dit bewijs moet worden geleverd. Het verschil is evenwel, dat de eigendomsverkrijging – derhalve het feit der levering – met alle middelen kan worden bewezen, terwijl het

¹ Aldus ook M. Polak p. 606, Vollmar („De Faillissementswet”) p. 84, Molen-graaff t a p p. 277 en De Bruijn p. 694, welke laatste twijfelt of art. 61 F.W. (tweede lid) mede geschreven moet worden geacht voor het geval de „aanbrengst” staande huwelijk plaats vindt door opheffing en scheiding der gemeenschap bij huwelijksvoorwaarden. Ik meen, dat dit *ratione legis* zeker mag worden aangenomen.

² Wel voegt de wetgever hier de woorden „in geval van geschil” in, doch dit is geen mitgering, daar ook de regels van art. 205 B.W. slechts gelden bij geschil. In faillissement zal een geschil eerder ontstaan dan daarbuiten.

³ Vgl. Hof Amsterdam 28 dec. 1888, W. 5696, W.N.R. 1009; Klaassen-Eg-gens-Polak p. 94.

feit der (weder-)belegging – derhalve de financiering der verkrijging met privé-middelen – slechts schriftelijk ten genoegen van de rechter kan worden bewezen. In dit laatste schuilt de verzwarende tegenover de burgerrechtelijke voorschriften, die immers niet de eis stellen, dat tevens de financiering der verkrijging – naast het feit der verkrijging zelf – moet worden bewezen. Een uitzondering hierop wordt gevormd door het voorschrift van art. 214 B.W., geldende bij de gemeenschappen van winst en verlies en van vruchten en inkomsten, waaruit blijkt dat aldaar niet kan worden volstaan met het bewijs der formele eigendomsverkrijging. Ook tegenover deze regel vormt art. 61 F.W. lid 4 echter een verzwarende, daar krachtens art. 214 B.W. wel – bovendien – het bewijs van het opgeofferd zijn van privé-middelen moet worden geleverd, doch deze bewijslevering niet aan bepaalde middelen is gebonden¹.

In de praktijk zal dit stelsel ongetwijfeld moeilijkheden opleveren als de niet-faillietverklarde echtgenoot wel zijn eigendomsverkrijging kan bewijzen, doch deze verkrijging slechts ten dele met zijn privé-gelden – en overigens met privé-gelden van de failliet en/of gemeenschapsgelden – is gefinancierd. Het komt mij voor, dat de woorden „goederen, voortgesproken uit de belegging of wederbelegging” van privé-gelden, niet noodzakelijk behoeven te betekenen, dat de terugneming door de niet-faillietverklarde echtgenoot van het betrokken vermogensbestanddeel is uitgesloten, als blijkt dat de verkrijging wel voor het *overgrote deel* met diens eigen middelen, doch mede voor een gering deel met andere middelen, is bekostigd.

Waar ligt de grens? Naar ik meen daar, waar de ratio legis van het voorschrift duidelijk voor de gegeven situatie niet meer geldt. Deze ratio is terug te voeren tot de praesumptio Muciana², uitgaande van het vermoeden van samenspanning der echtgenoten. Indien nu dit vermoeden moet wijken voor de realiteit, dat de niet-faillietverklarde echtgenoot de verkregen zaak grotendeels zelf bekostigde, terwijl men de ontbrekende middelen niet heeft verheimelijkt, daar bv. een schuldbekentenis is opgemaakt voor dit bedrag ten behoeve van de thans-gefaillieerde, die deze middelen ter leen verstrekke, kan ik niet inzien welk redelijk belang hier de toepassing van art. 61 lid 4 F.W. vordert. Men mag toch niet het belang der wetshervorming van 1956 i.c. onderschatten, waardoor thans beide echtelieden vermogensrechtelijk veel onafhankelijker van elkaar staan. Wanneer de thans-gefaillieerde op volkomen reële basis gelden blijkt geleend te hebben aan een derde, die deze besteedde tot aankoop van een zaak, die hij overigens voor het overgrote deel uit eigen middelen financierde, bestaat

¹ Hiermede is reeds stelling genomen in de bestaande controverse rond art. 214; zie hierover o.m. Asser-Scholten-Wiarda p. 277.

² Vgl. hierover Meijers in W.P.N.R. 2912 e.v.

toch ook geen enkele grond deze transactie faillissementsrechtelijk aan te tasten.

Naar ik meen had dit punt bij de herziening van de betrokken wetsbepaling een rol moeten spelen. Wat men thans heeft gedaan is slechts een – automatisch – tweezijdig maken van vroegere – eenzijdig gerichte – voorschriften.

De grond voor de hier verdedigde opvatting is overigens in de regel zelf te lezen: de woorden „ten genoegen van de rechter” houden m.i. een discretionaire bevoegdheid in, niet slechts ten aanzien van de formele kracht der overgelegde bewijsmiddelen, doch mede met betrekking tot de vraag of i.c. materieel van (weder)belegging kan worden gesproken¹.

Een bewijs temeer voor het feit, dat de wetgever van 1956 zich nauwelijks de betekenis van bepalingen uit het oude recht in het licht der nieuwe beginselen heeft gerealiseerd en zich heeft bepaald tot het klakkeloos tweezijdig maken daarvan, vormt art. 61 F.W. lid 5. Volgens deze regel kan de niet-faillietverklaarde echtgenoot zijn recht van terugneming uitoefenen op nog onbetaalde koopsommen – of op de kooppenningen zelve, zo zij nog onvermengd met de failliete boedel aanwezig zijn – betreffende aan hem in privé toebehorende goederen, die door de gefailleerde zijn verkocht.

Onder het oude recht gold deze regel ten behoeve der vrouw in het faillissement van haar man en had daar redelijke zin gezien het bepaalde in art. 160 B.W. lid 3 (oud). In het nieuwe recht mist deze – eveneens verbrede – regel echter m.i. redelijke grond, daar ook de vrouw vermogensrechtelijk onafhankelijk is. Uiteraard is het mogelijk, dat de thans-gefaillieerde het privé-vermogen van de andere echtgenoot bestuurde krachtens een – cumulatieve – bestuursovereenkomst of ingevolge rechterlijke opdracht conform art. 165 B.W.; in beide gevallen evenwel moet de vervreemding, die hij in die kwaliteit verrichtte, aan de andere echtgenoot als vertegenwoordigde worden toegerekend. Zowel de vordering tot betaling der koopsom als de gelden, daaruit na betaling afkomstig en nog aanwijsbaar aanwezig, zijn dan eigendom van de andere echtgenoot. Het wonderlijke is nu, dat het recht om deze vermogensbestanddelen buiten het faillissement te houden aan de andere echtgenoot *zonder meer* wordt toegekend. Wanneer men tevoren heeft kennis genomen van de hierboven uiteengezette regels, waardoor zijn bewijspositie wordt verzwaard, zal men m.i. moeten aanvaarden, dat voor deze terugneming van hem mede het bewijs wordt verlangd, dat de verkochte goederen aan hem in privé toebehoorden, c.q. bovendien, dat zij voortgesproten waren

¹ Vgl. hieromtrent H R 23 mei 1924, N J 1924 p 817 en 6 mei 1927, N J 1927 p 1075, Suijling VII nos 193 en 218, Petit p 196, De Bruijn p 695 e v, Rb 's-Gravenhage 29 maart 1949, N J 1949 no 585, Lubbers, prae-advies Broederschap der Notarissen 1935 p 210, Molengraaff in W 11232 en 11245, Scheltema in W 11245, Van Oven in N J B 1927 nos 34 en 35

uit (weder)belegging van privé-gelden, overeenkomstig de regels van art. 61 F.W. (lid, 2, 3 en 4)¹.

Zeer merkwaardig is tenslotte de situatie, die kan ontstaan als de andere echtgenoot er niet in slaagt het door art. 61 F.W. gevorderde verzwaarde bewijs te leveren. Een voorbeeld moge dit verduidelijken; in het faillissement van de man, die buiten iedere gemeenschap van goederen is gehuwd, worden een aantal aan toonder luidende effecten aangetroffen, waarvan deels de herkomst niet blijkt en wederzijds betwist wordt, deels de vrouw door getuigen kan bewijzen, dat zij door haar van haar ouders bij schenking werden verkregen. Naar de regels van art. 205 B.W. staat daarmee vast, dat de vrouw eigenares is van de eerste categorie voor de onverdeelde helft en van de tweede categorie voor het geheel. Niettemin zal bij betwisting door de curator deze *laatste* soort effecten geheel in het faillissement worden betrokken, daar aan het voorschrift van art. 61 F.W. lid 3 niet is voldaan en haar rechten derhalve jegens de faillissementscrediteuren geen erkenning vinden.

Men kan met deze relativering op grond van een uitdrukkelijke wetsregel vrede hebben, doch wonderlijk wordt de situatie indien men de *eerstbedoelde* categorie van bovenvermelde effecten thans beschouwt. De niet-gefaillieerde echtgenoot heeft hier geen enkele bewijsplicht, doch op grond der onzekere herkomst kent de wet (art. 205 B.W. lid 3 in fine) aan ieder der echtgenoten de helft der goederen – in vrije mede-eigendom – toe. Deze gemeenschap – gelijk boven betoogd – onttrekt zich aan de regel van 63 F.W. lid 1, zodat, nu in de Faillissementswet nergens het bepaalde in art. 205 B.W. (derde lid) wordt terzijdegesteld, de paradoxale conclusie in het gegeven voorbeeld zou moeten luiden, dat de effecten waarvan burgerrechtelijk vaststaat, dat zij aan de vrouw toebehoren, in het faillissement vallen, doch de helft der overige effecten, waarvan de herkomst onbekend is, door haar aan de failliete boedel kan worden onttrokken. Wie dit niet aanvaarden wil, zal moeten aannemen, dat de opsomming der bewijsvoorschriften in art. 61 F.W. slechts limitatief de mogelijkheden inhoudt om het gestelde in de hoofdregel van het eerste lid waar te maken².

Ad III

Voor zijn persoonlijke schuldvorderingen laat de wet de echtgenoot van de gefaillieerde als faillissementscrediteur toe (art. 61

¹ Het is uiteraard ook mogelijk, dat de failliet onbevoegdelijk – doch onaanstaafbaar – goederen van zijn echtgenoot verkocht (art. 167 B.W.); in dit geval behoort de vordering tot betaling der hoofdsom echter tot de failliete boedel en heeft de andere echtgenoot daarop slechts een persoonlijke vordering tot schadevergoeding.

² Met evenveel kracht kan m.i. echter worden betoogd, dat de gehele Faillissementswet t.o. het B.W. staat als *lex specialis*, zodat, nu aan art. 205 B.W. lid 3 niet uitdrukkelijk is gederogeed, dit voorschrift ook in faillissement blijft gelden. Ook het hier geschapen dubium is te wijten aan het onvoldoende doordenken van de consequenties van het nieuwe recht.

F.W. lid 6), aldus de indruk wekkende, na de opsomming van al de nadelige gevolgen van het faillissement voor hem in de voorafgaande regels, thans een troostend slotwoord te willen spreken. Daar echter niet valt in te zien, waarom het bij ontbreken van deze slotregel anders zou zijn, waar de echtgenoot zich als ieder ander crediteur overeenkomstig het bepaalde in art. 26 F.W. in het faillissement zou kunnen doen verifiëren, lijkt de regel geheel zinledig. Jurisprudentie en doctrine hebben haar echter inhoud gegeven door te aanvaarden, dat de vordering der vrouw wegens wanbeheer op haar gefailleerde echtgenoot (art. 160 B.W. lid 4 oud) mede onder de verificabele schuldvorderingen moest worden begrepen, ofschoon het wettelijk beheer van haar goederen door het faillissement niet werd beëindigd¹. De betekenis van deze leer is niet, dat men aldus een nog niet opeisbare vordering in het faillissement zou toelaten, daar immers de verificatie hiervan steeds mogelijk is (art. 131 F.W.), doch is gelegen in het feit, dat men een vervroegde rekening en verantwoording erkent en aldus deroegert aan geschreven en ongeschreven regels, die op het beheer van toepassing zijn. Ook voor het thans geldend recht behoudt deze leer haar betekenis, waar de gefailleerde krachtens overeenkomst of stilzwijgend gedogen dan wel ingevolge rechterlijke opdracht (art. 165 B.W.), het vermogen van zijn echtgenoot beheert. Naar de letter van het hier toepasselijke art. 166 B.W. brengt het faillissement nog niet het einde van dit beheer conform art. 1850 B.W. mede, hoewel dit wel rationeel zou zijn gezien de precaire positie van de niet-faillietverkleerde echtgenoot. De toepasselijkheid der rekenplicht van art. 1839 B.W. jo. art. 771 W. van B. Rv. zal daarom slechts kunnen worden verdedigd met een beroep op de soepelheid van de regel van art. 166 B.W., waarin een aansprakelijkheid wordt geregeld „met inachtneming van de bijzondere verhoudingen tussen de echtgenoten”. Het is m.i. billijk dit zo te verstaan, dat bij faillissement van de besturende echtgenoot de rekenplicht terstond intreedt. Blijkt daarbij wanbeheer en schade, dan moet de vordering in faillissement toelaatbaar worden geacht, daar zij – onder opschortende voorwaarde – reeds ten tijde der faillietverklaring bestond, zodat verificatie mogelijk wordt conform art. 130 F.W.

Belangrijk is de vraag of repriserechten, aan de andere echtgenoot toekomende, ten laste der in het faillissement betrokken gemeenschap, op gelijke wijze kunnen worden toegelaten. Vaak wordt zulks ontkend, daar reprises en récompenses eerst bij de verdeling der gemeenschap aan de orde zouden mogen worden gesteld².

Mij kan deze leer niet overtuigen; haar argument is immers, dat

¹ Aldus H.R. 24 febr. 1911, W. 9146 en 11 juni 1915, W. 9873, M. Polak p. 609 e.v., Meijers W. 9873 (annotatie) en Völlmar t.a.p. p. 147.

² Aldus De Bruijn p. 701, Van Goudoever, W.P.N.R. 1714, Martens p. 25 en Smits p. 23 (preae-adviezen Broederschap Cand. Not. 1939), Molengraaff t.a.p. p. 306 en Asser-Scholten I 7de druk p. 182.

hoezeer ook deze vergoedingsrechten als persoonlijke schuldvorderingen moeten worden beschouwd in de zin van art. 61 F.W. lid 6, zij naar hun aard eerst kunnen worden ingevorderd bij de afwikkeling der ontbonden gemeenschap, zodat – nu faillissement de gemeenschap niet ontbindt – zij thans niet tot gelding kunnen worden gebracht. Ik vraag mij echter af of niet op gelijke wijze kan worden betoogd, dat de zoëven bedoelde beheersvorderingen nog niet aan de orde zijn, omdat faillissement op zich nog geen rekenplicht doet ontstaan. Behalve op deze inconsequentie kan echter worden gewezen op het systeem der wet, dat blijkens de artt. 1307 B.W. en 129–131 F.W. niet-opeisbare en zelfs voorwaardelijke vorderingen in het faillissement tot afdoening brengt. Ik meen derhalve, dat de niet-faillietverklearde echtgenoot ook voor zijn repriserechten als concurrent crediteur in het faillissement moet worden toegelaten. Hiervoor pleit tenslotte de billijkheid; men kan immers wel opmerken, dat de gemeenschap nog niet ontbonden is, maar nu de gehele gemeenschap in de failliete boedel wordt opgenomen, heeft een reprise bij latere ontbinding waarschijnlijk bitter weinig waarde¹.

Onder de persoonlijke schuldvorderingen van art. 61 F.W. lid 6 zijn naar luid van art. 62 F.W. niet begrepen vorderingen terzake van nog niet uitgevoerde toezeggingen gedaan bij huwelijksvoorwaarden door de gefailleerde. Omgekeerd kan de faillissementscurator niet invorderen de nog niet uitgevoerde toezeggingen gedaan door de andere echtgenoot aan de thans-gefaillieerde.

Aan dit voorschrift wordt door sommigen ook betekenis toegekend terzake van reeds uitgevoerde schenkingen in dier voege nl., dat goederen, die krachtens schenking bij huwelijksvoorwaarden aan de niet-faillietverklearde echtgenoot zijn geleverd, niet door deze kunnen worden „teruggenomen” conform art. 61 F.W. lid 1, doch omgekeerd aan de thans-gefaillieerde geschonken en reeds geleverde goederen buiten het faillissement blijven. Voor deze extensieve interpretatie van het voorschrift van art. 62 ontbreekt m.i. elke rechtsgrond. Het is m.i. in strijd met het systeem der Faillissementswet aan de gefailleerde toebehorende goederen buiten diens faillissement te houden zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling, terwijl men het recht van „terugneming” aan de niet-gefaillieerde echtgenoot toch moeilijk kan onthouden als deze zijn eigendomsrecht, hetzij overeenkomstig het tweede lid, hetzij overeenkomstig het derde lid van art. 61 F.W., weet waar te maken².

¹ Als in de tekst: Van Oven, prae-advies Broederschap Cand. Not. 1931 p. 17–19, Petit p. 199–200, Schermer-Böthlingk I p. 357, Waldorp in nagenoemd prae-advies p. 49, Böthlingk „Vergoedingsrechten” (ac. proefschr. Leiden 1917) p. 119, Versteeg in W.P.N.R. 3958, Klaassen-Eggens-Polak p. 100 en Asser-Scholten-Wiarda p. 294.

² Aldus ook: Waldorp, prae-advies Broederschap Cand. Not. 1931 p. 54/55 en W.P.N.R. 2568, Schermer-Böthlingk I p. 382, Prakken p. 78 en Asser-Scholten-Wiarda p. 329f; anders: Melis, W.P.N.R. 3878, De Bruijn p. 637, M. Polak p. 610/611 en Molengraaff t.a.p. p. 282.

DEEL B. DE ONTBINDING DER GEMEENSCHAP

§ 1. Oorzaken der ontbinding (art. 178); opheffing der gemeenschap bij vonnis (art. 180)

Volgens het bepaalde in art. 178 wordt de gemeenschap ontbonden:

- a. door de dood;
- b. door het aangaan van een nieuw huwelijk met verlof van de rechter, als bedoeld in art. 550;
- c. door echtscheiding;
- d. door scheiding van tafel en bed;
- e. door een vonnis dat de gemeenschap opheft;
- f. door opheffing bij latere huwelijksvoorwaarden.

Vergelijken wij deze bepaling met art. 254, waarin de oorzaken van ontbinding van het huwelijk worden opgesomd, dan zien wij, dat de eerste drie der bovengenoemde rechtsfeiten zowel de ontbinding van de gemeenschap als die van het huwelijk zelf tengevolge hebben, terwijl bij het plaats grijpen der drie laatste rechtsfeiten de gemeenschap wordt ontbonden, doch het huwelijk in stand blijft. Daarnaast leert deze vergelijking, dat men niet als algemene regel kan stellen, dat de ontbinding van het huwelijk tevens de ontbinding der gemeenschap medebrengt; in het geval bedoeld in art. 254 sub 3 is immers de gemeenschap tevoren reeds ontbonden tengevolge der scheiding van tafel en bed. Men kan wel als algemene regel stellen, dat de ontbinding van het huwelijk ook de ontbinding der gemeenschap teweegbrengt, *tenzij* zich tevoren reeds een der in art. 178 sub *d*, *e* of *f* genoemde rechtsfeiten heeft voorgedaan¹.

a. Overlijden

De rechtsfeiten, die de gemeenschap ontbinden, zijn in art. 178 limitatief opgesomd. Niettemin dient men te bedenken, dat met het geval van ontbinding der gemeenschap door overlijden van een der echtgenoten verband houdt de rechtsfiguur van het vermoedelijk overlijden, geregeld in de artt. 523 t/m 544. Men zal nl. moeten aannemen, dat nu de verklaring van vermoedelijk overlijden een provisoire erfopvolging en inbezitneming door de vermoedelijke erfgenamen tengevolge heeft, zodat zij zelfs tot verdeling bij voorraad (art. 534) kunnen overgaan, een tussen de vermoedelijke overledene en zijn echtgenoot bestaande gemeenschap – noodzakelijkerwijs – evenzeer provisoir ontbonden moet worden geacht. Als datum dezer provisoire ontbinding zal men de dag van

¹ In navolging van art 181 (oud) zegt ook art 178, dat de gemeenschap door de opgesomde rechtsfeiten „van rechtswege” wordt ontbonden; mij komt deze terminologie enigermate vreemd voor als men ziet, dat deze woorden ook slaan op de zuiver contractuele wijze van ontbinding, die in artikel 178 sub *f* is genoemd.

vermoedelijk overlijden, in het vonnis genoemd, moeten aanvaarden. Een sterk argument voor deze opvatting kan worden geput uit art. 539¹; in de literatuur wordt zij dan ook veelal aanvaard. Echter door te stellen dat i.c. van een „voorlopige ontbinding” sprake is, zegt men in rechtskundige zin bijzonder weinig; men zal m.i. deze figuur juridisch moeten kwalificeren als een ontbinding onder de ontbindende voorwaarde – hoe weinig fraai dit toevalligerwijs ook klinkt – van terugkeer van de vermoedelijk overleden verklaarde persoon of het anderszins blijken van diens leven binnen de termijnen van art. 540. De terugwerkende kracht der voorwaarde is evenwel in belangrijke mate beperkt, o.a. door het bepaalde in art. 538; voorts is terugkeer van de afwezige, na verloop van de in art. 540 bedoelde periode van dertig jaren, niet geheel zonder betekenis (art. 542)². Ook kan later blijken, dat de vermoedelijk overleden verklaarde wel is overleden, doch op een later tijdstip dan de in het vonnis genoemde dag; dit houdt in, dat de nu blijken de realiteit de wettelijke constructie terzijde stelt. De voorwaardelijke ontbinding wordt dan vervangen door een onvoorwaardelijke, die plaats blijkt te hebben gehad op de dag van het werkelijk overlijden.

Voor de beantwoording der vraag of verkrijgingen door een der echtgenoten nog in de gemeenschap vallen, is de vaststelling van het tijdstip der ontbinding uiteraard van groot belang. Volgens de hierboven verdedigde opvatting wordt de gemeenschap op de dag in het vonnis genoemd voorwaardelijk ontbonden; deze voorwaardelijke ontbinding gaat over in een onvoorwaardelijke – die op laatstbedoelde dag blijkt te hebben plaats gehad – zodra het tijdsverloop van art. 540 is voltooid zonder dat van het leven of van het op een andere dan bedoelde dag overleden zijn van de afwezige is gebleken. De boedelmenging heeft dan niet langer dan tot gemelde dag geduurd. Keert de afwezige nog terug meer dan 30 jaren na deze dag (art. 542), zo is m.i. de actie tot teruggave, die de wet hem dan toekent, slechts te gronden op het beginsel der ongerechtvaardigde verrijking.

Tenslotte is nog in deze van belang het recht, door art. 539 aan de achterblijvende echtgenoot toegekend, om de gemeenschap te doen voortduren gedurende ten hoogste tien jaren. Uitoefening van dit recht betekent het behoud van de werking der boedelmenging³, zonder dat hierdoor het tijdstip der voorwaardelijke ontbinding wordt verschoven.

¹ Vgl. hieromtrent in verschillende zin Pitlo-Meyling I p. 443, Suyling VII no. 141, Asser-Scholten-Wiarda p. 1072 en De Bruijn p. 306 e.v.

² Zie ook het bepaalde in art. 543.

³ Aldus ook Suyling VII no. 141 en De Bruijn p. 312, die echter tevens een verschuiving van het tijdstip der „voorlopige” ontbinding aanvaardt, het praktisch belang dezer visie lijkt mij niet groot. Zie overigens de uitvoerige beschouwingen van deze schrijver over dit onderwerp (p. 306–314), die er nog – terecht – op wijst, dat de voortdurende der gemeenschap cf. art. 539 de werking der artt. 545 e.v. niet uitschakelt.

b. Nieuw huwelijk met rechterlijk verlof

Ingevolge het bepaalde in art. 254 sub 2 wordt het bestaande huwelijk door de sluiting van het nieuwe huwelijk ontbonden, terwijl art. 551 ons leert, dat een latere terugkeer van de afwezige hierin geen wijziging vermag te brengen. Ook de ontbinding door het nieuwe huwelijk van de in het vroegere huwelijk bestaan hebbende gemeenschap is derhalve een onvoorwaardelijke.

c. Echtscheiding

Het tijdstip van ontbinding der gemeenschap is, ingevolge het bepaalde in art. 276 lid 1, het ogenblik der inschrijving van het vonnis tot echtscheiding in de registers van de burgerlijke stand. Ook verkrijgingen door de echtgenoten na de uitspraak der echtscheiding – zelfs na het in kracht van gewijsde gaan daarvan – vallen derhalve in de gemeenschap, zolang bedoelde inschrijving niet heeft plaats gehad. Overbekend zijn in de notariële praktijk de hieruit voortvloeiende moeilijkheden indien bv. in bedoelde periode aan een der echtgenoten door erfopvolging een aandeel in een onverdeelde boedel opkomt en de erfflater verzuimd heeft aan deze verkrijging de uitsluitingsclausule (art. 175 lid 1 in fine) te verbinden. Tot de scheiding en deling van deze nalatenschap is dan de medewerking van de – vaak onbereikbare – voormalige echtgenoot noodzakelijk. Dit rechtsgevolg leeft niet in het rechtsbewustzijn van het volk; niettemin lijkt mij uitbreidende toepassing van art. 175 lid 2 op dit geval beslist ongeoorloofd.

d. Scheiding van tafel en bed

Nu de wet geen afwijkende bepaling inhoudt, is als tijdstip van ontbinding der gemeenschap aan te merken het moment, waarop het vonnis, houdende uitspraak van scheiding van tafel en bed, in kracht van gewijsde gaat. Art. 298 bepaalt nu, dat de scheiding van tafel en bed „altijd de scheiding van goederen tengevolge” heeft; aan een foutieve verwijzing naar het afgeschafte instituut van de artt. 241 e.v. (oud) mag hier echter niet worden gedacht. Evenmin mag men m.i. aannemen, dat hier – in overigens weinig gelukkige woorden – op de ontbinding der gemeenschap zou worden gedoeld, gelijk De Bruijn p. 315 leert. Inhoud krijgt de uitdrukking slechts, indien men aanvaardt, dat de wet hier niet op een rechtsfeit, doch op een rechtstoestand duidt, nl. op de thans intredende toestand van uitsluiting van iedere vermogensgemeenschap. Het saillante gevolg dezer opvatting is, dat zolang de scheiding van tafel en bed voortduurt, de echtgenoten niet in staat zijn, door het maken van huwelijksvoorwaarden (art. 204), in deze toestand verandering te brengen door daarbij enige vorm van gemeenschap weder in te voeren¹. Alleen in deze opvatting

¹ Vgl. echter: Hof Amsterdam 14 sept. 1960, N.J. 1961 no. 130, dat huwelijksvoorwaarden toeliet tijdens de scheiding van tafel en bed, met een beroep op een uittaling van minister Donker (Verslag van mondeling overleg, wetsontwerp

wordt m.i. ook aan de bedoeling van het voorschrift van art. 303 recht gedaan. Aldus symboliseert ook de vermogensrechtelijke verhouding de toestand waarin de levensgemeenschap familie-rechtelijk is komen te verkeren¹.

e. Opheffing bij vonnis

Het rechtsmiddel der vrouw tegen wanbeheer door de man onder het oude recht vormde de scheiding van goederen der artt. 241 e.v. (oud). Dit wanbeheer kon zowel de privé-vermogens als de gemeenschap betreffen, terwijl het rechtsmiddel zijn uitwerking had bij ieder denkbaar goederenstelsel, ook bij uitsluiting der gemeenschap.

Hieruit is ontstaan het onderwerpelijke rechtsmiddel, dat door beide echtgenoten kan worden aangewend. Het is de consequentie der vermogensrechtelijke gelijkstelling.

In een langademig wetsartikel (art. 180) is de regeling samengevat. De gronden tot instelling der vordering betreffen gedragingen van de andere echtgenoot en zijn vier in getal: *a.* op lichtvaardige wijze schulden maken; *b.* verspilling van de goederen der gemeenschap; *c.* het verrichten van handelingen die kennelijk indruisen tegen het bestuur van de andere echtgenoot over gemeenschapsgoederen; *d.* het zonder redelijke grond weigeren de nodige inlichtingen te geven omtrent de stand van de goederen en schulden der gemeenschap en het daarover gevoerde bestuur.

In deze opsomming frappeert, dat de laatste drie gronden alle betrekking hebben op daden, die de gemeenschap betreffen, terwijl bij de eerste grond zodanige beperking ontbreekt. Ook het lichtvaardig aangaan van privé-schulden bij een beperkte gemeenschap kan dus grond opleveren tot aanwending van dit rechtsmiddel; dit is zeer begrijpelijk, daar iedere schuld ook verhaalbaar is op de gemeenschapsgoederen. Behoudens de publicatievoorschriften, die mede in art. 180 zijn opgenomen, is het formeelrechtelijke gedeelte der stof verwerkt in de artt. 804 e.v. Rv.

Tot het instellen der vordering is verlof nodig van de president der rechtbank, bepaalt art. 804 Rv., waarin tevens de relatieve competentie wordt geregeld. Het verlof wordt gevraagd bij verzoekschrift, waarna door de president een vereniging² wordt beproefd (art. 805 Rv.). Mislukt deze poging, dan wordt verlof ver-

1430 stuk no. 8). Hierin komt echter slechts tot uiting, dat de minister huwelijksvoorwaarden wilde toelaten „ter gelegenheid van de verzoening”; dit betekent m.i., dat de verzoening eerst een feit moet zijn en beduidt in elk geval, dat tot de verzoening geen ander regiem dan dat der uitsluiting toegelaten is. Aldus ook Van der Ploeg in Rspr. overzicht W.P.N.R. 4674.

¹ Vgl. ook de regeling van art. 287a, waarin op huwelijksvoorwaarden tussen de beide huwelijken de regeling van art. 204 toepasselijk is verklaard.

Een sterk argument a contrario voor de in de tekst verdedigde opvatting kan worden geput uit het bepaalde in art. 180 lid 7 voor de opheffing der gemeenschap bij vonnis.

² Dit klinkt wel enigszins wonderlijk, daar dit een geschil onderstelt, dat voor bijlegging vatbaar is; alleen bij de derde en vierde grond lijkt dit mogelijk.

leend tot dagvaarding (art. 806 Rv.). Van groot belang is, dat het uitbrengen der dagvaarding met publiciteit is omgeven; niet slechts dient de eis te worden bekendgemaakt in één of meer door de president aangewezen dagbladen (art. 807 Rv.), doch bovendien moet zij in het register van art. 207 worden ingeschreven (art. 180 lid 2)¹. Het vonnis tot opheffing der gemeenschap mag niet eerder worden uitgesproken dan tenminste één maand, nadat de in art. 807 Rv. bedoelde publicatie heeft plaats gehad (art. 809 Rv.). In de procedure geldt de enkele bekentenis van de gedaagde niet als bewijs (art. 810 Rv.). De ratio van dit voorschrift is duidelijk; men wilde verhinderen, dat ook hier een ontduikingsmethode zou ontstaan gelijk aan die in de echtscheidingspraktijk. Op deze wijze toch zou het bepaalde in art. 204 gemakkelijk kunnen worden ontgaan. Volgt nu het vonnis, waarbij de opheffing van de gemeenschap wordt uitgesproken, dan dient dit, om tegen derden te werken, te worden gepubliceerd in de Nederlandse Staatscourant met vermelding van de nodige gegevens, de gronden waarop het vonnis berust echter niet daaronder begrepen (art. 811 Rv.). In het vonnis kan voorts worden bepaald, dat gelijke publicatie in één of meer in het vonnis aangeduide dagbladen moet geschieden (art. 812 Rv.). Bovendien dient inschrijving in het register van art. 207 plaats te hebben (art. 180 lid 5). Aan deze verplichtingen tot bekendmaking en inschrijving kan uiteraard slechts voldaan worden nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.

Een materieelrechtelijke bijzonderheid van groot belang is nu, dat het vonnis terugwerkende kracht heeft tot de dag waarop aan het bepaalde in art. 180 lid 2 is voldaan, vanaf welke dag de echtgenoten geacht worden met uitsluiting van gemeenschap te zijn gehuwd, onder al zodanige bepalingen als het vonnis zal hebben vastgesteld (art. 180 lid 6). De bestaande gemeenschap blijkt derhalve te zijn ontbonden bij het einde van de dag, waarop de inschrijving van de eis tot opheffing in het huwelijksgoederenregister heeft plaats gehad, mits tevens de in art. 807 Rv. bedoelde publicatie gelijktijdig of eerder was voltooid of, indien deze nog niet voltooid was ten tijde dezer inschrijving, bij het einde van de dag, waarop de (laatste) dagbladpublicatie plaats vond. Een gevolg van dit voorschrift is, dat verkrijgingen door ieder der echtgenoten sedert die dag in hun privé-vermogen blijken te zijn beland, terwijl de bestuursregeling van art. 177 sedertdien niet meer gold, zodat vervreemdingen door één der echtgenoten zonder kracht blijken te zijn nu hij *alleen* beschikte over goederen uit een ontbonden gemeenschap. Voorts zullen de door ieder sedertdien aangegane schulden – behoudens de uitzonderingen van art. 162 lid 1 en art. 164 – als privé-schulden van de betrokken echtgenoot moeten worden aangemerkt.

¹ Weinig fraai is m.i. de verdeling der verplichtingen tot openbaarmaking over twee wetboeken.

Nog een andere bijzonderheid schuilt echter in art. 180 lid 6: de rechter bezit de vrijheid aan het uitsluitingsstelsel, dat nu ontstaat, zekere bedingen toe te voegen. De bij dit novum gegeven toelichting¹ verraaft ons, dat hierbij o.a. is gedacht aan de toevoeging van een deelgenootschap van toekomstige vermogensaanwas, hetgeen o.m. het gunstige gevolg zal hebben dat de ene echtgenoot niet geheel zal worden uitgesloten van een bij de ander te verwachten vermogens-acces.

Veel critiek is reeds geleverd op het bepaalde in art. 180 lid 4, inhoudende, dat de echtgenoot wiens rechten opzettelijk zijn verkort door rechtshandelingen van de andere echtgenoot, de nietigheid daarvan kan invoeren. Deze bepaling is ingevoegd door aanneming van een amendement-Van Rijckevorsel², dat op 2 mei 1956 nog was ingediend. In de toelichting hierbij was door de voorstellers verwezen naar de nieuw voorgestelde tekst van de regeling bij echtscheiding in art. 270 lid 2. De oude tekst van dit artikel bepaalde in de aanhef, dat het beheer van de man over de goederen der vrouw gedurende het geding niet werd geschorst, terwijl in het tweede lid de nietigheid werd uitgesproken van alle handelingen van de man, waardoor de rechten der vrouw opzettelijk werden verkort. Uit het verband dezer bepalingen kon men afleiden, dat deze nietigheid uitsluitend *gedurende* de procedure gestelde handelingen betrof. Thans is de inleidende zin uit het artikel verdwenen, doch alleen als logische consequentie van het gelijkheidsbeginsel. Men mag derhalve n.m.m. aan het thans geheel onafhankelijk staande tweede lid van art. 270 toch géén ruimere betekenis toekennen dan onder de oude wet geschiedde.

De voorstellers van het amendement hebben echter wel de tekst van art. 270 lid 2 overgenomen, doch zich uitdrukkelijk gedistancieerd van iedere historisch beperkte interpretatie daarvan³.

Reeds om deze reden acht ik de in de tot heden bestaande literatuur zo categorisch uitgesproken afwijzing van het wetsvoorschrift onbegrijpelijk. Men is zelfs zo ver gegaan het ontwerpen ervan toe te schrijven aan een miskennis der in het zesde lid opgenomen terugwerkende kracht der opheffing⁴. Ik vraag mij wederom af, gelijk bij de bespreking van art. 159 lid 1, wat de door de amendementontwerper uitdrukkelijk uitgesproken bedoeling betekent. Op de door de voorstellers van het amendement gegeven – niet voor twijfel vatbare – toelichting is het door het parlement aanvaard, nadat de minister zijn afwijzende visie had kenbaar ge-

¹ Derde Nota van Wijzigingen, zie Van Ewijk-Polak p. 44

² Wetsontwerp no. 1430 stuk no. 21, vgl. Van Ewijk-Polak p. 44/45

³ Vgl. Handelingen II p. 2738, Van Rijckevorsel „Indien dit niet de bedoeling is van het huidige art. 270 B.W. en van het nieuwe art. 270 B.W., dan is het wel de bedoeling van het amendement”

⁴ Aldus minister Van Oven in de Tweede Kamer, Hand. II p. 2737, Polak p. 51, Prakken p. 67 en De Bruijn p. 319, anders terecht Asser-Scholten-Wiarda p. 218 Vgl. ook mijn Openbare Les p. 12

maakt, zodat deze visie daardoor even nadrukkelijk is verworpen¹.

Nu kan het zijn, dat men de gevolgen van het voorschrift niet wenselijk acht, omdat men geen aantasting van vóór het geding gestelde rechtshandelingen wil en hiervan rechtsonzekerheid verwacht². Dit is dan echter een geheel ander aspect, dat men m.i. evenwel niet met een verwijt van onjuistheid, doch met een aandringen op wetswijziging zou moeten accentueren. Aan de bestuursverdeling van art. 177 zijn wij eveneens gebonden, hoezeer wij ook dit stelsel onwenselijk achten. Zo zullen wij ook de ruime strekking van art. 180 lid 4 moeten aanvaarden, uiteraard onder voorbehoud van (a) de werking der verjaring en (b) de duidelijke systematiek der wet, die maakt dat het beroep slechts kan worden gedaan in het kader van de in art. 180 geregelde procedure³.

Tenslotte de aldus gevonden mogelijkheid in verband brengen- de met het beginsel der vermogensrechtelijke gelijkstelling ook op het terrein van het bestuur der gemeenschap met de daaraan verbonden ingrijpende consequenties en gevaren, geloof ik, dat wij de mogelijkheid van art. 180 lid 4 moeten zien als een aanvaardbaar correctief op deze gevaren. Zo zal de verdediger van het amendement, die immers het stelsel van art. 177 mede onderschreef, het ook hebben bedoeld. Men mag de regel voorts zien als een bijzondere toepassing der actio Pauliana (art. 1377)⁴; voor de toepassing dezer algemene regel wordt door de wet bewijs van wetenschap van benadeling bij zowel de schuldenaar als de derde met wie hij onder bezwarende titel handelde vereist, terwijl bij handelingen om niet dit bewijs slechts ten aanzien van de schuldenaar noodzakelijk is. Naar ik meen, moet voor de toepassing van art. 180 lid 4 mutatis mutandis hetzelfde bewijs worden gevorderd⁵.

De echtgenoot, die de opheffing van de gemeenschap vraagt, kan tot behoud van zijn recht de maatregelen nemen, die in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn aangegeven (art.

¹ Zie nog een fraai voorbeeld van de beslissende betekenis, die de toenmalige toelichting op een amendement hebben kan op de interpretatie van een wetsbepaling, in Hof Leeuwarden 20 febr 1961, B N B 1961/333 (amendement van Schaik op art. 80 sub 15 der Successiewet 1859, Handelingen II, 21 okt 1926 p. 134)

² Zo Polak p. 51 noot 143 en De Bruijn p. 319

³ Ik vraag mij slechts af of dit moet betekenen „tijdens het geding” of ook na afloop daarvan, ik voel wel voor het laatste, doch meen, dat het onderling verband der bepalingen in art. 180 tot aanvaarding van het eerste dwingt

⁴ Dit werd onder de vroegere wet reeds aangenomen voor art. 270 door o a H R 4 dec 1874, W 3796, Hof Amsterdam, 16 okt 1941, N J 1941 no 913 en Hofmann-Van Opstall „Het Nederlands Verbintenissenrecht” 7de druk p. 353

⁵ De bescherming van derden te goeder trouw, opgenomen in art. 1377 lid 2 (aanhef), mag echter – nu art. 180 lid 4 hierover zwijgt – hier m i niet worden toegepast, daar zij niet de uitdrukking van een algemeen geldend beginsel – en derhalve niet voor analogische overbrenging vatbaar – is. Deze derdenbescherming vormt immers een inbreuk op de gevolgen van het causale stelsel, dat aan ons vermogensrecht ten grondslag ligt.

180 lid 3). Deze maatregelen zijn de verzegeling, boedelbeschrijving en waardering van de goederen der gemeenschap, alsmede conservatoir beslag op goederen der gemeenschap (art. 808 Rv.). De uitwerking hiervan vindt men in de artt. 808a t/m 808j Rv. Het verlof tot het nemen van een of meer dezer maatregelen wordt gevraagd aan de president bij of na het indienen van het verzoekschrift bedoeld in art. 805 Rv. Het evengenoemde conservatoire beslag werd onder de oude wet – in de procedure tot scheiding van goederen – uiteraard slechts aan de vrouw toegestaan en werd daar „maritaal beslag” genoemd. Thans zou men het als „matrimoniaal beslag” kunnen aanduiden¹. Het beslag verhindert: a. de vervreemding, bezwaring, verhuring of verpachting van de in beslag genomen goederen, tenzij de president der rechtbank hiertoe machtiging had verleend (art. 808h Rv.); b. de inbeslagneming en uitwinning dier goederen door derden wegens schulden door de andere echtgenoot na de inbeslagneming aangegaan (art. 808j Rv.).

De bepalingen hebben hun nut naast de terugwerkende kracht van het vonnis bedoeld in art. 180 lid 6; het beslag heeft immers effect ongeacht de uitslag van de procedure, zolang zijn opheffing niet is bevolen. Bovendien brengt het beslag duidelijk omschreven rechtsgevolgen teweeg, terwijl, wanneer men als eiser gedurende het geding op de terugwerkende kracht van het komende vonnis zou vertrouwen, men bedrogen kan uitkomen. Derden moeten immers gedurende de procedure wel met deze terugwerkende kracht rekening houden, doch wellicht kunnen zij zich met succes beroepen op hun goede trouw door verschoonbare onbekendheid met de publicaties van art. 180 lid 2 te poneren².

Terecht is opgemerkt, dat uit art. 808j Rv. a contrario volgt, dat schulden *krachtens de wet* ontstaan tijdens het geding in de persoon van de andere echtgenoot wel op de in beslag genomen goederen verhaalbaar zijn³. Tenslotte kan men zich afvragen of een machtiging tot vervreemding etc., als bedoeld in art. 808 h Rv., ook vrijwaart tegen de gevolgen der later intredende terugwerkende kracht van de uitspraak tot opheffing der gemeenschap, wanneer immers komt vast te staan, dat ten tijde der vervreemding aan de vervreemder slechts de onverdeelde helft in de zaak toekwam. Men zal n.m.m. moeten aannemen, dat een rationele wetsuitleg medebrengt deze vraag bevestigend te beantwoorden, hoewel het een vreemde zaak blijft, dat een formeelrechtelijk voorschrift kan derogeren aan een materieelrechtelijk beginsel.

Is de gemeenschap door opheffing ontbonden, dan kunnen de

¹ Asser-Scholten-Wiarda p. 216 spreekt van „echtgenotenbeslag” of „beslag tussen echtgenoten”.

² Ik doel hier op de – wellicht nog niet geheel overzichtelijke – gevolgen van het arrest van de H.R. d.d. 28 febr. 1958 („R.V.S.-arrest”), N.J. 1958 no. 279.

³ Aldus Asser-Scholten-Wiarda p. 218. Echter zal, indien later de terugwerkende kracht der opheffing intreedt, dit kunnen medebrengen, dat – intern – bedoelde schulden ten laste van de veroorzaker in privé komen.

echtgenoten daarna bij huwelijksvoorwaarden wederom een gemeenschap overeenkomen (art. 180 lid 7). Gelijk opgemerkt, bestaat deze bevoegdheid m.i. niet, indien de gemeenschap door scheiding van tafel en bed is ontbonden (art. 298).

f. Opheffing bij huwelijksvoorwaarden

Hierover zal bij de behandeling van art. 204 worden gesproken. Reeds thans wil ik echter opmerken, dat m.i. voldoende grond ontbreekt om contra legem (art. 204 lid 1) aan te nemen, dat indien de gemeenschap bij huwelijksvoorwaarden staande huwelijk is ingevoerd, tenminste drie jaren na deze invoering moeten zijn verstreken om tot opheffing te kunnen overgaan¹.

§ 2. Gevolgen der ontbinding (artt. 181, 182 en 183)

Door de ontbinding der gemeenschap ontstaat een voor scheiding vatbare boedel. Deelgenoten hierin zijn de echtgenoten in de gevallen van art. 178 sub *d*, *e* en *f*, de voormalige echtgenoten in de gevallen sub *b* en *c* en de langstlevende echtgenoot met de erfgenamen van de overledene in het geval sub *a*. Ieder der (voormalige) echtgenoten – en in het laatste geval de gezamenlijke erfgenamen van de overleden echtgenoot – zijn voor de helft in de activa van deze boedel gerechtigd. Vindt de scheiding en deling tussen de deelgenoten plaats, dan kan in beginsel door geen hunner enig voorkeursrecht op toedeling worden geldend gemaakt (art. 181 lid 1).

Op de scheiding der ontbonden gemeenschap verklaart de wet de regelen vastgesteld voor de boedelscheiding in de zestiende Titel van het Tweede Boek toepasselijk (art. 181 lid 2); dit betekent praktisch slechts een toepasselijkheid van de eerste en vierde afdelingen uit deze Titel, daar de overige bepalingen nagenoeg alle uit hun aard slechts op nalatenschappen toegepast kunnen worden. Met de nalatenschap heeft de ontbonden huwelijksgemeenschap overigens veel gemeen; de huwelijksgemeenschap is immers door haar ontbinding nog niet als een vrije gemeenschap te beschouwen. Zij is in zeker opzicht *gebonden* gebleven; er is een bepaalde nawerking der vroegere sterke gebondenheid te bespeuren. De analogie met de erfboedel brengt nl. mede, dat bij beide gemeenschappen uit de geldende regels van geschreven en ongeschreven recht valt af te leiden, dat de wetgever de scheiding tussen de deelgenoten zo min mogelijk belemmerd en zo spoedig mogelijk totaal geëffectueerd wil zien². Hieruit leidt men – vrijwel onbestreden – af, enerzijds, dat derhalve onvoorwaardelijke beschikking door een deelgenoot over zijn aandeel in bepaalde goederen der onverdeeldheid zakenrechtelijk onmogelijk is, doch

¹ Anders De Bruijn p. 320.

² Ik meen hier te kunnen volstaan met verwijzing naar de beschouwingen over de boedelscheiding in de handboeken over het erfrecht, vgl. o.a. Asser-Meijers-Van der Ploeg p. 311 e.v. en Klaassen-Eggens-Polak p. 525 e.v. en 561e.v.

anderzijds, dat beschikking over zijn aandeel in de totale onverdeeldheid hem vrijstaat. Door dit laatste wordt immers de scheiding en deling der totaliteit geenszins verzwaard.

Het wegvallen van de huwelijksgemeenschappelijke band betekent voorts, dat de boedelmenging van art. 175 eindigt en de bestuursregeling van art. 177 vervalt. Dit laatste brengt mede, dat bestuursovereenkomsten en een eventuele bestuursopdracht, die ingevolge art. 165 heeft plaats gehad, een einde nemen. Beschikkingsdaden betreffende zaken der onverdeeldheid kunnen nog slechts door de deelgenoten tezamen worden verricht. In principe geldt dit ook voor beheersdaden, die immers vaak zeer ingrijpende gevolgen kunnen hebben¹.

Ik zie geen voldoende grond om in deze als algemene regel zonder meer de voorschriften van art. 1676 per analogiam toe te passen, daar de rechtsverhoudingen in een bestaande maatschap toch moeilijk op een lijn gesteld kunnen worden met de hier aanwezige rechtsverhoudingen. Niettemin zie ik geen bezwaar om i.c. naar omstandigheden een deelgenoot aan minder ingrijpende beheershandelingen van de ander gebonden te achten. Dit kan dan echter uitsluitend gegrond worden op beginselen van goede trouw en billijkheid, die ook hier de rechtsverhoudingen beheersen en daarbij een de rechtsregels corrigerende en aanvullende rol spelen². Het recht op gebruik en genot der goederen van de gemeenschap ondergaat door de ontbinding geen wijziging. De aan de regel van art. 1676 (sub 2) ten grondslag liggende gedachten zullen ook hier gelden. Conflicten kunnen daarbij geredelijk optreden; naar de Hoge Raad in het meer gemelde arrest van 9 mei 1952 heeft aanvaard, ligt het in de rechtsmacht van de rechter deze met toepassing van de evengenoemde beginselen tot oplossing te brengen.

In afwijking van de in art. 181 gestelde hoofdregel bepaalt art. 182, dat de daarin opgesomde goederen „aan de zijde waarvan zij oorspronkelijk afkomstig waren, (kunnen) worden teruggevorderd tegen de prijs waarop dezelve, in der minne, of door deskundigen geschat worden”. Het voorschrift kwam reeds in Deel A § 2 van dit Hoofdstuk ter sprake, waarbij op de verouderde tekst – die bij de herziening niet gemoderniseerd is – werd gewezen. Tevens bleek hierbij, dat ofschoon men geneigd zou zijn tot limitatieve uitleg van deze uitzonderingsbepaling, op andere gronden – in verband met art. 175 lid 2 – toch moet worden aangenomen, dat een voorkeursrecht, als hier geregeld, ook wel elders mag worden aanvaard.

¹ De Bruijn p. 324 onderscheidt „gecompliceerde” en „eenvoudige” beheersdaden en rekent tot de laatste o.m. verhuring en verpachting van de gemene goederen. Vooreerst lijkt mij dit onderscheid zowel rechtens ongegrond als feitelijk uiterst moeilijk, doch voorts acht ik de hedendaagse gevolgen van verhuring en verpachting dusdanig ingrijpend, dat men toch bezwaarlijk daarin daden van eenvoudig beheer kan zien.

² Vgl. het bekende arrest van de H.R. d.d. 9 mei 1952, N.J. 1953 no. 563.

Nu in het erfrecht aan de langstlevende echtgenoot, ervende tezamen met anderen dan kinderen of verdere afkomelingen uit een vroeger huwelijk, een recht op toedeling van de inboedel is toegekend tegen vergoeding der waarde (art. 899b), rijst de vraag hoe de verhouding tussen art. 182 en dit voorschrift moet worden bepaald. De in art. 182 genoemde voorwerpen zijn immers tevens inboedelgoederen in de zin van art. 570. Het antwoord kan n.m.m. niet moeilijk zijn; art. 899b kan naar zijn aard slechts slaan op de verdeling der nalatenschap en op de daarin aanwezige goederen.

Bestaat de nalatenschap van erflater – geheel of ten dele – uit een onverdeeld aandeel in de gemeenschap, waarin de erflater met de langstlevende was gehuwd, dan zal de inhoud der nalatenschap eerst kunnen worden bepaald door de scheiding der gemeenschap te doen voorafgaan. Bij deze scheiding komt noodzakelijk het voorkeursrecht van art. 182 tot gelding, zodat blijkt dat dit laatste voorgaat¹.

Slechts in enkele gevallen² zal van de door het overlijden van de eerststervende echtgenoot ontbonden huwelijksgemeenschap geen scheiding en deling kunnen worden gevorderd, hoewel hij naast de langstlevende echtgenoot nog één of meer afstammelingen als erfgenamen heeft nagelaten. Dit doet zich voor indien de eerststervende een testamentaire boedelverdeling heeft gemaakt en daarbij alle activa zijner nalatenschap – daaronder begrepen zijn aandeel in de activa der ontbonden gemeenschap – heeft toegescheiden aan de langstlevende echtgenoot, onder verplichting de aandelen der overige erfgenamen in contanten uit te keren. Deze toescheiding heeft immers tot gevolg, dat – op grond van het karakter dezer bijzondere rechtsfiguur – de nalatenschap terstond bij het openvallen reeds gescheiden is, hetgeen inhoudt, dat de langstlevende echtgenoot uno tempore eigenaar is van de gehele ontbonden gemeenschap. Het is een rechtsfiguur, waarvan de notariële praktijk zich in sterk toenemende mate gedurende de laatste jaren is gaan bedienen³.

Met betrekking tot de schulden, behorende tot de ontbonden gemeenschap, bepaalt art. 183, dat ieder der echtgenoten voor het geheel aansprakelijk blijft voor de schulden, waarvoor hij reeds

¹ Dat in de notariële praktijk de scheiding doorgaans niet op deze wijze – in twee fasen – wordt tot stand gebracht, doet hieraan niets af. Als in de tekst: Asser-Meyers-Van der Ploeg p. 351, Suyling-Dubois no. 57, Klaassen-Eggens-Polak p. 174, vgl. ook De Bruijn p. 326, die echter – m.i. ten onrechte – voor mogelijk houdt, dat ook art. 899b op de verdeling der gemeenschap slaat.

² Ik laat hierbij terzijde het geval, dat de gemeenschap uitsluitend uit de in art. 899b bedoelde inboedelgoederen bestaat en de echtgenoot zich op dit artikel beroepen kan, zie ook het op p. 161 opgemerkte.

³ Vgl. hierover de prae-adviezen van Rombach en mij, uitgebracht voor de Broederschap der Cand. Notarissen in 1958, in het bijzonder mijn prae-advies p. 68 noot 71, voorts Van der Ploeg in W.P.N.R. 4540 en mijn opstel „De langstlevende alles” in W.P.N.R. 4575.

voordien aansprakelijk was, terwijl hij voor andere gemeenschaps-schulden door de ontbinding voor de helft aansprakelijk wordt. In deel A § 4 van dit Hoofdstuk werd reeds opgemerkt, dat het in art. 183 (tweede lid) bedoelde regresrecht uit zijn aard bedoeld is voor het geval de betaling heeft plaats gehad uit privé-middelen.

Uit de wettelijke regeling kan het volgende stelsel worden afgeleid:

I. Schulden ontstaan vóór de ontbinding der gemeenschap:

a. *Privé-schulden*

Door de ontbinding der gemeenschap wordt de andere echtgenoot in geen enkel opzicht medeschuldenaar. De crediteur had echter mede een verhaalsrecht op de gemeenschapsactiva (art. 176 lid 2), dat door de ontbinding der gemeenschap niet teloor gaat, zolang deze nog ongescheiden is.

Ingevolge de verwijzing naar de boedelscheidingsbepalingen (art. 181 lid 2) is m.i. hier, naast het bepaalde in art. 1113, ook het verhaalsrecht op de ongescheiden boedel van art. 1147 (slot) mogelijk. Wordt aldus een privé-schuld met gemeenschapsmiddelen voldaan, dan bestaat een vergoedingsplicht jegens de gemeenschap ten laste van de schuldenaar. Men bedenke echter, dat het bepaalde in art. 208 lid 3 van volle toepassing blijft, zodat primair het privé-vermogen van de schuldenaar dient te worden uitgewonnen. Vgl. Deel A § 4 (slot) van dit Hoofdstuk. Na de scheiding en deling der ontbonden gemeenschap bestaat nog slechts verhaal op het vermogen van de schuldenaar.

b. *Gemeenschapsschulden*

Door de ontbinding der gemeenschap wordt de andere echtgenoot mede-schuldenaar voor de helft. Dit betekent, dat de crediteur zowel voor het geheel verhaal kan zoeken op het privé-vermogen van de oorspronkelijke debiteur als op de ongescheiden gemeenschap, terwijl hij bovendien voor de helft zijner vordering het privé-vermogen van de andere echtgenoot kan uitwinnen. Deze cumulatie van verhaalsmogelijkheden roept de vraag op of een gedeeltelijke betaling invloed heeft op de omvang der aansprakelijkheid van de andere schuldenaar. Indien bv. een gemeenschapsschuld door de echtgenoot A is aangegaan en zijn huwelijk met B door echtscheiding wordt ontbonden, wordt B voor de helft der schuld mede-aansprakelijk in privé. Betaalt A nu 60% der schuld aan de crediteur, dan ontstaat de vraag of B thans nog – gelijk A – voor 40% mede-aansprakelijk is, dan wel voor 20%. Ik neig ertoe in laatste zin te oordelen¹.

Wordt de gemeenschap in bovenstaand geval ontbonden door het overlijden van A, dan leidt toepassing van art. 183 lid 1 tot het resultaat, dat – ingeval A tot zijn erfgenamen ab intestato

¹ Aldus ook Hof Amsterdam 2 maart 1914, W. 9631; anders Klaassen-Eggen-Polak p. 43. Vgl. hieromtrent ook H.R. 2 jan. 1942, N.J. 1942 no. 296.

nalaat zijn echtgenote en zijn drie kinderen – de drie kinderen ieder aansprakelijk zijn voor 25% ex art. 1146, terwijl B aansprakelijk is voor 50% (art. 183) en bovendien voor 25% (art. 1146).

c. Schulden waarvoor beide echtgenoten voor het geheel aansprakelijk zijn.

Dit zijn de in art. 162 lid 1 en art. 164 bedoelde schulden, naast eventueel uit wet of overeenkomst ontstane hoofdelijke verbintenissen der echtgenoten. De ontbinding der gemeenschap brengt hier voor de crediteur geen wijziging in de bestaande verhaalsmogelijkheden op de beide privé-vermogens en op de gemeenschap, zolang deze ongescheiden is. Van het tussen de echtgenoten bestaande goederenstelsel zal het afhangen of de schuld naar haar aard door de gemeenschap behoort te worden gedragen. Is dit laatste het geval, dan zal bij verhaal op een der privé-vermogens een regres, voor de helft van het betaalde bedrag, op de andere echtgenoot (art. 183 lid 2) de juiste verhoudingen weer herstellen.

II. Schulden ontstaan na de ontbinding der gemeenschap.

Daar de werking van de gemeenschap ook ten aanzien der schulden (art. 176) is uitgedoofd, kan een door één der echtgenoten thans aangegane – c.q. te zijnen laste ontstane – verbintenis slechts op zijn persoonlijk vermogen worden verhaald, zulks behoudens het bepaalde in het hierboven besproken art. 808j Rv. Een verhaalsrecht op de ongescheiden gemeenschap is niet mogelijk, daar hierin de schuldenaar slechts voor zijn aandeel is gerechtigd. Ook de executie van dit aandeel in bepaalde goederen der onverdeeldheid is niet mogelijk; deze schuldeiser zal de scheiding en deling daarvan moeten vorderen (art. 492 Rv.). Bij deze vordering ontmoet hij als tegenstanders de crediteuren, die vóór de ontbinding een verhaalsrecht op de gemeenschap verwierven. Tegen hen zal hij het onderspit delven, daar zijn positie overeenkomt met die van de crediteur van de erfgenaam, die bij zijn pogingen tot verhaal op de nalatenschap moet ervaren, dat de wet de rechtspositie van de crediteuren van de erflater met vele waarborgen heeft omgeven.

Het is mogelijk, dat de betrokken verbintenis door de echtgenoot werd aangegaan ten bate van de ontbonden gemeenschap, zoals een reparatieopdracht betreffende een huis tot deze boedel behorende. Voorzover vertegenwoordiging van de andere deelgenoot door lastgeving of zaakwaarneming niet kan worden aangetoond, zal dit echter voor de verhaalsmogelijkheden van de crediteur geen verschil maken; de handelende deelgenoot verbond – ook dan – alleen zichzelf. Slechts intern ontstaat een verrekenplicht betreffende de ten behoeve der gemeenschap gedane uitgaven, voorzover deze noodzakelijk waren tot behoud der gemeenschappelijke zaak. Hier zou ik de regels van art. 1678 willen

toepassen; het daar sub 3 en 4 bepaalde lijkt mij een aanvaardbare richtlijn¹.

§ 3. *De verplichting tot boedelbeschrijving (art. 179)*

Een bijzonder rechtsgevolg heeft de ontbinding der gemeenschap door overlijden van een der echtgenoten, indien er minderjarige kinderen achterblijven. De langstlevende echtgenoot is dan verplicht binnen drie maanden na dit overlijden een boedelbeschrijving te doen opmaken van de goederen, die tot de gemeenschap behoren. Deze boedelbeschrijving kan in onderhandse vorm, doch moet in tegenwoordigheid van de toeziende voogd, worden opgemaakt (art. 179 lid 1)².

Deze verplichting tot inventarisatie der gemeenschap staat naast de plicht tot beschrijving van het vermogen van de minderjarige, welke krachtens art. 428 op de voogd rust. Niettemin zal de nakoming van beide verplichtingen nauw verband met elkaar houden, daar de langstlevende echtgenoot doorgaans tevens van rechtswege voogd is over zijn minderjarige kinderen en het vermogen van deze laatsten in de meeste gevallen slechts bestaat uit een onverdeeld aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap. Het heden ten dage bestaande nauwlettend toezicht op de naleving van art. 428 zal daarom de observatie van de verplichting van art. 179 ten zeerste bevorderen.

Traditioneel heeft onze wet echter steeds op de niet-naleving dezer verplichting een bijzondere sanctie gesteld. Deze wordt thans gevormd door de mogelijkheid tot inroeping van het vermoeden van art. 205 ten aanzien van alle goederen, die verkregen zijn vóór de meerderjarigheid van de bovenbedoelde kinderen, zolang de inventaris niet op de wettelijk voorgeschreven wijze is opgemaakt.

In de geschiedenis van het voorschrift vindt men een constante verzachting der sanctie. Bij de opnemings in 1838 werd de wetgever in sterke mate geleid door bezorgdheid voor de juiste vastlegging van de rechten der minderjarigen in de ontbonden gemeenschap. Op het verzuim der tijdige inventarisatie stond oorspronkelijk, naast het gevolg der continuatie van de huwelijksgemeenschap (art. 182 oud), de straf van (definitief) verlies van het ouderlijk vruchtgenot (art. 370 oud). Bij de Wet van 10 juli 1947 (S.H. 232) werd deze „penale sanctie” afgeschaft in verband

¹ De Bruijn p. 321 oordeelt, dat „ter zake van de gemeenschap of ten behoeve van tot de gemeenschap behorende goederen” aangegane schulden „op één lijn” staan met de reeds vóór de ontbinding ontstane gemeenschapsschulden.

² Taalkundig is de tekst van art. 179 niet feilloos; bedoeld is, dat de minderjarige kinderen uit het door het overlijden ontbonden huwelijk stammen. Ook is het voorschrift van toepassing als er slechts één minderjarig kind aanwezig is, terwijl ook het bepaalde in art. 3 hier geldt. Voorts geldt de bepaling mede voor minderjarige kinderen, die tijdens het thans ontbonden huwelijk geadopteerd of door dit huwelijk gewettigd werden. Aldus ook Asser-Scholten-Wiarda p. 209 en De Bruijn p. 300.

met de gelijktijdige invoering van een effectiever toezicht op de verplichtingen van de voogd tot boedelbeschrijving (artt. 428 en 431)¹. De continuatie der huwelijksgemeenschap tussen de langstlevende echtgenoot en de minderjarige kinderen werd toen echter als rechtsgevolg van het niet-inventariseren behouden. Zij vormde een constante bron van moeilijkheden voor de notariële praktijk, niet slechts wegens haar vele onopgeloste rechtsvragen, doch voornamelijk vanwege het feit, dat soms niet meer was na te gaan of in het verleden aan de inventarisplicht was voldaan. Berucht waren vooral ook de moeilijkheden als bleek dat de continuatie was ingetreden, terwijl de langstlevende vervolgens was hertrouwd zonder huwelijksvoorwaarden te maken. Betreffende de rechtsgevolgen van deze samenloop van continuatie met gemeenschap in tweede huwelijk bestonden niet minder dan zes stelsels.

In 1956 kwam het einde dezer bijzonder impopulaire rechtsfiguur. Art. 179 zwijgt immers over de voortzetting der gemeenschap. De vraag rijst hierdoor allereerst, wat rechtens is met betrekking tot de op 31 december 1956 bestaande gecontinueerde gemeenschappen. Men zou kunnen dubiëren of deze na 1 januari 1957 niet zijn blijven voortbestaan, nu art. V der Wet van 14 juni 1956 slechts spreekt over „de rechten van *echtelieden*”, die voor het vervolg door de nieuwe wet worden beheerst. Nog daargelaten of men de rechtspositie van een langstlevende echtgenoot in een gecontinueerde gemeenschap niet hieronder zou mogen begrijpen, zal men m.i., reeds op grond van eenzelfde redenering als hierboven (Deel A § 5 van dit Hoofdstuk) werd gevolgd ten aanzien van de bestuursbevoegdheid ex art. 177 over vóór de invoering der wet verkregen zaken, moeten concluderen, dat nu de wet sedert 1 januari 1957 deze rechtsfiguur niet meer kent, bestaande continuaties met ingang van deze dag zijn ontbonden². Een tweede argument ten gunste dezer stelling kan a contrario geput worden uit het feit, dat het Ontwerp-Donner in art. XIII een overgangsbepaling kende, waarin bestaande continuaties uitdrukkelijk werden gehandhaafd.

De aldus ex lege ontbonden continuaties zijn daarmee nog niet verdwenen; zij zullen moeten worden gescheiden. Na de invoering van de Lex Van Oven kunnen echter geen nieuwe zaken in de gecontinueerde gemeenschap beland zijn. Ogenschijnlijk heeft men dus met een grote verbetering te doen.

¹ Door toepassing van de artt. 429, 449 en 451 kan verzuim tot ontzetting uit de voogdij leiden. Vgl. betreffende de geschiedenis van art. 179 verder Asser-Scholten-Wiarda p. 208-210.

² Aldus thans de vrijwel eenstemmige mening der schrijvers: Polak p. 58, Prakken p. 83, De Bruijn p. 302 en W.P.N.R. 4469, Versteeg (prae-advies voor de Broederschap der Notarissen 1956 p. 30), Veegens (W.P.N.R. 4457) en Nijk (W.P.N.R. 4677). Anders slechts: Van der Ploeg in W.P.N.R. 4603 en 4618.

De wetgever is niettemin bezorgd gebleven of de mogelijkheid tot ontzetting van de langstlevende ouder als voogd ex art. 419 lid 1 (sub 2) wel een voldoende dwangmiddel zou zijn tot nakoming van de beschrijvingsplicht. Men heeft daarom gemeend een surrogaat voor de continuatie der gemeenschap te moeten vinden, dat deze nakoming stimuleert zonder grote juridische complicaties te veroorzaken. Uit het volgende zal blijken, dat n.m.m. door de nieuwe regeling slechts nieuwe onzekerheden zijn opgeroepen. In navolging van het Ontwerp-Meijers¹ bepaalt immers art. 179 lid 2, dat het vermoeden van art. 205 ook na het overlijden van een der echtgenoten door de uit hun huwelijk geboren kinderen kan worden ingeroepen ten aanzien van alle goederen, die verkregen zijn voordat zij meerderjarig zijn geworden, en voordat in tegenwoordigheid van de toeziende voogd een boedelbeschrijving is opgemaakt „van de door hen *van de overleden echtgenoot geërfde goederen*”.

Reeds aanstonds frappeert hier de incongruentie tussen de beide leden van het artikel; het eerste lid verplicht tot beschrijving der *gemeenschap*, terwijl het tweede lid sanctie stelt op niet-beschrijving van de goederen geërfd uit de nalatenschap van de overleden ouder. Dit is m.i. meer dan een inelegantia juris; het tweede lid hoort thans niet meer in de zevende Titel thuis, gelijk ook in het Nieuw B.W. (art. 1.6.9b) werd erkend, doch in de Wet van 14 juni 1956 is miskend.

Er is echter meer; de toepasselijkverklaring van „het vermoeden van art. 205” betekent in elk geval een verwijzing naar het bepaalde in art. 205 lid 3, doch hoe dient men nu de mede-eigendomsverhoudingen op te vatten? Heeft er in het huwelijk een gemeenschap bestaan, die de zaak, waarvan de herkomst onzeker is, zou kunnen bevatten, dan moet m.i. deze zaak geacht worden toe te behoren aan de langstlevende echtgenoot voor de onverdeelde helft en aan de erfgenamen van de overleden echtgenoot voor de wederhelft, zodat indien deze ab intestato overleed en drie minderjarige kinderen naliet, aan de langstlevende $\frac{2}{3}$ en aan ieder der kinderen $\frac{1}{3}$ in de betrokken zaak toekomt. Voor het geval in het huwelijk geen zodanige gemeenschap heeft bestaan, zou ik niet anders willen oordelen, daar men de woorden „ieder der echtgenoten” in art. 205 toch hier zal moeten lezen als „de langst-

¹ Wetsontwerp 3767, zie Van Ewijk-Polak p. 41-42. De inventarisatieplicht was oorspronkelijk in art. 1.7.3.2 opgenomen, terwijl het vermoeden van gemeen zijn der verkrijgingen vóór de boedelbeschrijving in artikel 1.8.1.10 (tweede lid) stond. Na de Nota van Wijzigingen d.d. 19 dec. 1956, zijn beide bepalingen overgebracht naar art. 1.6.9b Nieuw B.W. om te demonstreren, dat de verplichting gelden zal ongeacht het bestaande goederenstelsel.

Niet overgenomen uit het Ontwerp-Meijers is de bepaling van art. 1.5.2.6, inhoudende het verbod voor de langstlevende echtgenoot, die minderjarige kinderen heeft, te hertrouwen voordat een boedelbeschrijving van hun vermogen is opgemaakt. Vgl. hieromtrent: De Smidt „Een nieuw huwelijksbeletsel?” (Inaugurale rede, Amsterdam 1956).

levende echtgenoot enerzijds en de erfgenamen van de overleden echtgenoot anderzijds".

Onzeker blijft echter of de bescherming van crediteuren geregeld in art. 205 lid 4, ook hier geldt. Een bevestigende beantwoording dezer vraag schijnt voor de hand te liggen; opmerkelijk is, dat deze derden-bescherming uitdrukkelijk sedert de Nota van Wijzigingen d.d. 19 december 1956 in art. 1.6.9b (slot) Nieuw B.W. is opgenomen, doch hier ontbreekt.

Frapperend is voorts, dat ook verkrijgingen, waarvan de herkomst onzeker is, onder het vermoeden vallen ook al is de termijn van drie maanden na het overlijden nog niet verstreken¹. Overigens meen ik, dat het vermoeden van gemeen zijn zich in de praktijk alleen zal voordoen ten aanzien van goederen, die niet op naam staan. Het vermoeden werkt toch alleen – naar luid van art. 205 – indien men „zijn recht op dit goed” niet bewijzen kan en er derhalve een geschil is over het eigendomsrecht. Noch art. 205, noch art. 179, derogeert aan de wettelijke regels der eigendomsverkrijging; met name wordt hier – anders dan in art. 214 – niet geeïst, dat men naast een wijze van eigendomsverkrijging nog bovendien moet aantonen, dat ter verkrijging der zaak eigen vermogenswaarden werden opgeofferd. De eigendomsverkrijging van naamrechten zal nu doorgaans wel te traceren zijn naar persoon, aard en tijdstip².

Slechts de minderjarigen kunnen het vermoeden van art. 205 inroepen; zij kunnen dit m.i. dan doen van geval tot geval en naar hun goeddunken³. Dit vormt juist een frapperend verschil met de afgeschafte gecontinueerde gemeenschap; zou men een verplicht-algemene werking aanvaarden, dan zou men immers re vera datgene weer binnen halen, waarvan men zich wilde losmaken.

Toegegeven moet worden, dat het bovenstaande niet geheel onomstreden is. Gaat men echter verder dan hierboven verdedigd en aanvaardt men niet de bovenstaande opvatting van transitoir recht, of aanvaardt men deze wel, doch gaat men het voorschrift uitbreiden tot alle zaken – ook die op welker onzekere verkrijging de kinderen geen beroep doen – en eist men bovendien, dat niet

¹ Daarbij wijst De Bruijn p. 304 overigens op het feit, dat het hoogst wonderlijk is, dat art. 179 veronderstelt, dat het tijdstip der verkrijging wel, doch de persoon van de verkrijger en zijn titel niet zouden kunnen worden bepaald! Om hieraan echter met Van der Ploeg – in antwoord op RvR III in W P N R. 4603 – de conclusie te verbinden, dat op deze grond alle vóór 1 jan. 1957 ontstane continuaties blijven doorlopen, lijkt mij in flagrante strijd met de bedoeling der wet. Het is niet ondenkbaar, dat niemand een wijze van eigendomsverkrijging te zijnen gunste kan aantonen, terwijl wel ten naaste bij het tijdstip der verkrijging vaststaat.

² Vgl. het debat in W P N R. 4677, 4690 en 4708 tussen Nijk en Klein, waarin het gelijk m.i. overtuigend aan de zijde van Klein is.

³ Anders. Pitlo, Supplement p. 27.

slechts de eigendomsverkrijging, doch ook de opoffering daarvoor van eigen middelen moet vaststaan, dan is wat de wetgever als een verbetering beoogde in feite een verergering van de vroegere toestand geworden.

Zelfs in de door mij gegeven uitleg acht ik evenwel het voorschrift een misgreep, vooreerst door de geschapen onzekerheden, doch verder vanwege zijn overbodigheid. Het toezicht op de voogdijinventarissen van de artt. 428 en 431 is sedert 1 september 1948 zo effectief geworden, dat het indirect tevens de nakoming der verplichting van art. 179 forceert¹. Waarom hieraan nog een extra-sanctie moet worden verbonden is mij een raadsel. Bovendien is er de hierboven gesignaleerde discrepantie tussen het eerste en tweede lid betreffende het object der verplichting tot beschrijving. Weliswaar herstelt art. 1.6.9 *b* Nieuw B.W. dit door tot inventarisatie der *nalatenschap* van de eerststervende echtgenoot te verplichten, doch ook daarin blijft hetzelfde vermoeden bestaan (vgl. art. 1.8.1.10)².

§ 4. *Afstand der gemeenschap (artt. 184 t/m 188)*

In enkele gevallen is een scheiding en deling der ontbonden gemeenschap overbodig, daar geen onverdeeldheid ontstaat. Naast het geval, dat de gemeenschap wordt ontbonden door de dood van een der echtgenoten en de langstlevende zijn enige erfgenaam is, doet dit feit zich voor, indien één der echtgenoten door de werking van een verblijvensbeding de gehele gemeenschap bij haar ontbinding verkrijgt en tenslotte, indien een der echtgenoten gebruik maakt van het in de artt. 184 t/m 188 geregelde recht van afstand. De verlening van dit recht beoogt een bijzonder afweermiddel te scheppen tegen de gevolgen van het aangaan van gemeenschapschulden door de andere echtgenoot (artt. 176 en 183). Met name richt het middel zich tegen het rechtsgevolg omschreven in art. 183 eerste lid, inhoudende dat ieder der echtgenoten na de ontbinding der gemeenschap voor de helft aansprakelijk wordt voor die schulden, waarvoor hij voordien niet aansprakelijk was.

De gelijkstelling der echtgenoten in vermogensrechtelijk opzicht impliceert – behoudens enkele beperkingen – de vrijheid de gemeenschap met schulden te belasten, terwijl dit onder de oude wet in beginsel slechts aan de man gegeven was. De vermogensrechtelijke gelijkstelling bracht de noodzaak mede voorheen eenzijdig gerichte correctieven aan beide echtgenoten toe te kennen. Dit blijkt uit de navolgende vergelijking:

1. De jegens de vrouw opgelegde verantwoordingsplicht van art. 160 lid 4 (oud) is getransformeerd in een algemene verantwoor-

¹ Vgl. ook het op 23 juni 1959 ingediende wetsontwerp, dat o.a. wijziging van art. 428 voorstelt en de thans bestaande – te korte – termijn van 8 weken hierin verlengt tot 8 maanden.

² De adressen der notariële Broederschappen aan de Tweede Kamer (vgl. W.P.N.R. 4386) bepleiten terecht een schrapping van het vermoeden.

dingsplicht terzake van „overgelaten” of door de rechter opgedragen bestuur (art. 166).

2. De aan de vrouw toekomende vordering tot scheiding van goederen (artt. 241 e.v. oud) is gewijzigd in een aan ieder der echtgenoten toekomende vordering tot opheffing der gemeenschap (art 180).
3. Tenslotte is – het thans aan de orde zijnde – vroeger slechts aan de vrouw toegekende recht van afstand der gemeenschap (artt. 187 t/m 193 oud) aan beide echtgenoten gelijkelijk gegeven.

Een samenvatting der wettelijke regels leert het volgende omtrent inhoud en vorm van het recht van afstand:

- a. De bevoegdheid tot het doen van afstand berust op een regel van dwingend recht; alle daarmede strijdige overeenkomsten zijn nietig (art. 184 lid 1).
- b. De afstand beduidt een afwenteling van schuld en verhaalsaansprakelijkheid in eigen vermogen voor de helft der gemeenschapsschulden, waarvoor de echtgenoot, die afstand doet, vóór de ontbinding niet aansprakelijk was, doch die intrad door de werking van art. 183 lid 1 in fine (art. 184 lid 4).
- c. Deze bevrijding gaat met offers gepaard; het aandeel in de activa der gemeenschap, waarvan afstand wordt gedaan, wast aan bij de andere echtgenoot, die derhalve door boedelmenging het geheel verkrijgt (art. 184 lid 2). Uitgezonderd hiervan zijn slechts enkele met name genoemde persoonlijke goederen, die de echtgenoot, die afstand doet, zonder vergoeding¹ uit de gemeenschap kan terugnemen, terwijl hij de op zijn familie betrekking hebbende papieren en gedenkstukken tegen de geschatte waarde kan overnemen² (art. 184 lid 3).
- d. De echtgenoot, die afstand doet, blijft geheel aansprakelijk voor de gemeenschapsschulden, waarvoor hij vóór de ontbinding reeds aansprakelijk was. Hij moet deze ook zelf geheel dragen, met uitzondering slechts van die schulden, waarvoor beide echtgenoten vóór de ontbinding voor het geheel aansprakelijk waren en die ik „gezamenlijke” gemeenschapsschulden zou willen noemen. Deze laatste dienen de echtgenoten ieder voor de helft te dragen. In de aansprakelijkheid van de

¹ Dit blijkt uit de in het derde lid gemaakte tegenstelling Art 187 (lid 1 oud) sprak slechts over „het linnengoed en de kleederen tot haar lijf behorende”, dat ook hiervoor geen vergoedingsplicht bestond, werd reeds onder het vroegere recht aangenomen op grond van de oude rechtsregel: „Non debet abire nuda”

² Deze schatting van zo hoogst persoonlijke goederen lijkt mij geen eenvoudige zaak. Vgl ook de van art 182 afwijkende terminologie, men zal de termen „geslacht” (art 182) en „familie” (art 184) echter moeten interpreteren in gelijke zin. Juridisch-technisch zal men de constructie van het in lid 3 bedoelde recht zo moeten zien, dat, indien de betrokken echtgenoot van zijn recht gebruik maakt, de aanwas bedoeld in het tweede lid niet werkt en hij de bedoelde zaken door toedeling verkrijgt. Ten aanzien van de „geschatte prijs” werkt echter de aanwas weer

andere echtgenoot, zoals deze naar luid van art. 183 bestaat, komt geen wijziging, doch zijn draagplicht verandert gelijk reeds uit het voorgaande blijkt. De door hemzelf aangegane gemene schulden draagt hij geheel, gezamenlijke gemeenschapsschulden echter voor de helft. Deze regeling is neergelegd in art. 184 lid 5 en 6. Onder de gezamenlijke gemeenschapsschulden, waarin ieder der echtgenoten bij helfte draagt, zullen vallen de schulden die de gewone gang der huishouding betreffen (art. 162 lid 1) en de kennelijk ten behoeve der huishouding strekkende afbetalingsschulden, bedoeld bij art. 164¹.

- e. De afstand geschiedt door inschrijving ener – onderhandse of authentieke – akte van afstand in het register van art. 207² binnen de termijn van drie maanden na de ontbinding der gemeenschap of, indien deze door de dood is ontbonden, binnen drie maanden gerekend vanaf de dag, waarop de echtgenoot van dat overlijden kennis heeft genomen (art. 185)³.
- f. Ook aan de erfgenamen van een echtgenoot komt het recht van afstand toe en wel ex art. 186: originair, indien de gemeenschap ontbonden werd door de dood van hun erflater, doch tevens: derivatief, indien hun erflater is overleden binnen de termijn van art. 185 zonder afstand te hebben gedaan. In beide gevallen is de termijn voor afstand drie maanden; deze begint te lopen nadat de erfgenamen met het overlijden zijn bekend geworden. De aanspraak op toedeling om niet van bed, beddegoed en kleren van art. 184 lid 3 bestaat voor de erfgenamen niet; a contrario, die op toedeling van familie-papieren en gedenkstukken tegen taxatiewaarde, wel.
- g. het recht op afstand gaat verloren, indien men zich de goederen der gemeenschap aantrekt of deze – geheel of ten dele – wegmakaakt of verduistert (art. 187 lid 1). Deze handelingen veronderstellen boos opzet; ten overvloede bepaalt de wet daarom, dat daden van dagelijks bestuur of tot behoud der goederen dit gevolg niet teweegbrengen⁴.

¹ Gegrond lijkt mij de vraag of onder het bepaalde in lid 5 ook schulden vallen, waarvoor beide echtgenoten zich hoofdelijk hadden verbonden. Indien de betreffende schuld naar het tussen hen gegolden hebbende goederenstelsel ten laste der gemeenschap diende te komen, lijkt mij dit zeker het geval. Uit het taalkundig verband is af te leiden, dat ook de tweede volzin van het vijfde lid slechts op gemeenschapsschulden slaat.

² De competente griffie is hier zonder twijfel te vinden in het arrondissement, waarin het huwelijk is voltrokken c q., bij een buitenslands gesloten huwelijk, de huwelijksakte is overgeschreven, gelijk m 1 door de verwijzing naar art. 207 vaststaat. Vgl. echter de dubia, die De Bruijn hier ziet (p. 330).

³ Vgl. voor de tijdstippen, waarop de gemeenschap overigens wordt ontbonden Deel B § 1 van dit Hoofdstuk. Bij de opheffing der gemeenschap door vonnis (art. 180) zal men de termijn der afstand moeten doen aanvangen op de dag waarop het vonnis in kracht van gewijsde gaat. Het bepaalde in art. 180 lid 6 zal in deze niet gelden.

⁴ Het onderscheid tussen het „zich aantrekken”, enerzijds, en het „wegmaken of verduistern” anderzijds, zal men m 1 hierin moeten vinden, dat het laatste

Het zich aantrekken van de gemeenschapsgoederen *na* gedane afstand acht de wet blijkbaar – terecht – zonder betekenis. Wegmaking en verduistering in dit stadium heeft echter bijzonder ernstige gevolgen; de afstand blijft immers ten aanzien der activa in stand, doch het beoogde gevolg: zich te bevrijden van aansprakelijkheid en draagplicht voor de schulden, bedoeld bij art. 184 lid 4, gaat door deze daden verloren (art. 187 lid 2).

- h. In art. 188 heeft de wet de tevoren onbekende figuur van de dubbele afstand geïntroduceerd. Een tenietdoen van de verkrijging der gemeenschapsgoederen door de echtgenoot van de gene, die het eerst afstand deed, was daarbij niet goed denkbaar. De wet heeft daarom de toepassing van het bepaalde in art. 184 (leden 2 en 3) op de tweede afstand uitgesloten, zodat slechts de gevolgen van de afstand betreffende de gemeenschapsschulden (leden 4, 5 en 6) intreden. Dit leidt tot de conclusie, dat iedere echtgenoot na wederzijdse afstand aansprakelijk is voor de schulden, waarvoor hij vóór de ontbinding reeds aansprakelijk was, terwijl hij deze ook geheel moet dragen, met uitzondering echter van de gezamenlijke gemeenschapsschulden, die ieder voor de helft behoort te dragen. Op de echtgenoot, die het laatst afstand deed, is de verplichting gelegd de gemeenschap te vereffenen, waarbij de regels der vereffening na beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap (artt. 1070 e.v.) „zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing” zijn verklaard. Gezien de gebrekkige regeling dezer vereffening is het vraag of de wijze, waarop men zich aldus van de technische uitvoering dezer vereffening heeft afgemaakt, wel zo gelukkig is.

Op twee punten is echter een nadere regeling gegeven. Vooreerst begint de termijn van art. 1082 te lopen vanaf de dag der inschrijving van de verklaring van afstand, terwijl deze termijn op verzoek door de rechtbank op grond van bijzondere omstandigheden – desnoods nog achteraf – kan worden verlengd. Voorts is als sanctie op het nalatig blijven in de verplichting tot rekening en verantwoording, na daartoe te zijn aangeklaagd, gesteld het verlies van het beroep op art. 184 lid 4, hetgeen beduidt, dat deze echtgenoot aansprakelijk blijft voor de helft der gemeenschapsschulden, waarvoor hij vóór de ontbinding niet aansprakelijk was.

Op deze wijze heeft de wetgever van 1956 een stelsel ontworpen, dat zeer zeker rechtswetenschappelijk bijzonder boeiende aspecten biedt. Men stond voor de keuze het instituut geheel af te

een feitelijk begrip is, terwijl het eerste een rechtsbegrip vormt, t w het stellen van daden in een hoedanigheid, die de wil tot aanvaarden der gemeenschap, derhalve de wil als mede-eigenaar daarvan te gelden, uitdrukt Vgl art 1094. Zie ook Asser-Scholten I, 7e druk p 156

schaffen of het aan te passen aan het beginsel der vermogensrechtelijke gelijkheid der echtgenoten. Het laatste is gekozen, omdat de actie tot opheffing der gemeenschap (art. 180) op zich als correctief op de wederzijdse vrijheid in het gemeenschapsbeheer ontoereikend werd geacht, daar deze geen soelaas biedt voor de reeds vóór de publicatie der eis (art. 180 lid 6) gestelde benadelende handelingen. De tijd zal leren of het instituut van de afstand hier een toereikende complementerende functie kan vervullen¹.

Rechtstheoretisch is overigens van de regeling veel goeds te zeggen; zij is ingenieus uitgedacht. Hij, die zelf mede schuldig staat aan wanbeheer door onnodig schulden te maken, zal zich wel tweemaal bedenken over het doen van afstand, wegens het in art. 184 lid 5 omschreven rechtsgevolg, waardoor deze schulden voor zijn eigen rekening blijven. Ook het ondanks de afstand gezamenlijk blijven dragen der huishoudschulden van de artt. 162 lid 1 en 164 is bevredigend².

Niettemin is tegen de wettelijke regeling bezwaar gerezen tijdens de parlementaire behandeling. Zij zou tot benadeling van crediteuren kunnen leiden, daar de crediteuren van de echtgenoot, die afstand doet, nog slechts voor de helft verhaal kunnen nemen op de andere echtgenoot en daarbij moeten concurreren met de crediteuren van laatstgenoemde, die zich echter voor het geheel kunnen verhalen, terwijl het verhaalsobject – het gemeenschapsactief – onveranderd blijft, zodat de positie der eerstgenoemde crediteuren door de afstand zou verslechteren³.

Deze critiek ziet echter over het hoofd, dat de rechten van de gemeenschapscrediteuren door de afstand – zijnde een eenzijdige daad van hun debiteur – niet kunnen benadeeld worden. De door de wet ontworpen aansprakelijkheidsregeling na afstand betreft uiteraard de verhaalsmogelijkheden op de privé-vermogens der echtgenoten en laat onverlet de verhaalsrechten van gemeenschapscrediteuren op de ongescheiden gemeenschap. Vgl. het hierboven in Deel B § 2 van dit Hoofdstuk hieromtrent gezegde.

De afstand door de erfgenamen geeft nog aanleiding tot enige opmerkingen.

Vooreerst is zij zonder twijfel een daad van zuivere aanvaarding in de zin van art. 1094. Dit heeft tot gevolg, dat ingeval de ge-

¹ Ik acht dit twijfelachtig, daar ook de afstand der gemeenschap slechts bevrijdt van de ten tijde der ontbinding nog onbetaalde, door de andere echtgenoot aangegane, schulden. Bovendien is daar het offer van art. 184 lid 2. Hoe meer men dit overweegt, hoe meer men m.i. overtuigd wordt van de betekenis van het – ten onrechte gesmade – art. 180 lid 4.

² De regeling vertoont aldus zeer veel gelijkenis met de inhoud, die men m.i. thans behoort toe te kennen aan de gemeenschap van vruchten en inkomsten. Vgl. Hoofdstuk III Deel B § 1.

³ Aldus de afgevaardigde Gerbrandy in de Tweede Kamer (Hand. II p. 2710), waartegen minister Van Oven (Hand. II p. 2726). Vgl. Van Ewijk-Polak p. 48; zie ook Versteeg in W.P.N.R. 4450.

meenschap door de dood is ontbonden, de echtgenoot wel als enig erfgenaam van de overledene afstand der gemeenschap kan doen en zich aldus tot eigenaar van het gemeenschapsactief kan maken, doch vervolgens de nalatenschap van de erflater niet meer kan verwerpen of beneficiair aanvaarden. Ware dit anders, dan zou men op deze wijze kunnen ontkomen aan de voldoening der door de erflater gemaakte legaten¹.

Voorts verdient het aandacht, dat bij pluraliteit van erfgenamen geen eenstemmigheid onder hen behoeft te bestaan betreffende de afstand, zodat partiële afstand mogelijk wordt. Overlijdt A met achterlating van zijn echtgenote B en zijn beide kinderen C en D tot enige erfgenamen, ieder voor $\frac{1}{3}$ deel en doet slechts D afstand van de gemeenschap, dan heeft dit tot gevolg, dat het gemeenschapsactief wordt verkregen door B voor $\frac{2}{3}$ en C voor $\frac{1}{3}$ gedeelte.

Was de gemeenschap ontbonden – bv. door echtscheiding – en had B hiervan afstand gedaan, terwijl A vervolgens binnen de termijn van drie maanden na de ontbinding overlijdt, dan kunnen C en D vervolgens ook hunnerzijds afstand doen. Doet echter C alleen deze tweede afstand, dan verplicht hem dit de gehele gemeenschap te vereffenen, hetgeen B en D zullen moeten gedogen².

Hoewel de mogelijkheid van afstand door de wetgever als een afweermiddel aan de echtgenoten of hun erfgenamen is gegeven, wordt zij in de praktijk niet steeds als zodanig gebruikt. Daar de wet geen negatief saldo der gemeenschap als voorwaarde voor de afstand eist, kan deze rechtsinstelling worden aangewend om een positief saldo aan de andere echtgenoot toe te schuiven. Dit kan geschieden uit liberaliteit en vormt dan een materiële bevoordeling; doch het komt ook voor, dat zulks geschiedt ter uitvoering, van een overeenkomst, waarbij de ene echtgenoot zich jegens de andere tot de afstand verbond.

Dit laatste kan zich voordoen in het voorspel van een echtscheiding en is dan gewoonlijk een onderdeel van het zgn. echtscheidingsconvenant. Het is aan geen twijfel onderhevig, dat laatstbedoelde overeenkomst naar geldend recht aan absolute nietigheid lijdt, indien zij wordt gesloten in de vorm, die in het bekende arrest van de Hoge Raad d d. 24 juni 1938 (N.J. 1939 no. 337) aan de orde kwam. Echter ook een overeenkomst, die geheel buiten een echtscheidingsconvenant tot afstand der gemeenschap – bv. tegen een geldelijke tegenprestatie – zou verplichten, zou ik nietig willen achten op grond van een rationele uitleg van art. 184 lid 1. De wet beoogt m.i. daarin te stellen, dat men geheel vrij moet

¹ Vgl. omtrent de figuur der beneficiaire aanvaarding gevolgd door afstand der gemeenschap: De Bruijn p. 340 en de daar vermelde literatuur.

² Zie hieromtrent wetsontwerp 1430 no. 16, met opzet is in art. 188 (aanhef) gesproken van „zijn erfgenaam”, hetgeen zeer opvallend is tegenover de onmiddellijk daaropvolgende meervoudsvorm „of diens erfgenamen”

kunnen overwegen of men afstand wil doen. Een contract, waarbij men zich tot afstand verplicht, is een „daarmede strijdige overeenkomst” en mist een geldige oorzaak.

De vraag is nu gerezen, of een ter uitvoering van een nietige overeenkomst gedane afstand niet mede nietig moet worden geacht. Algemeen wordt dit – terecht – ontkend op grond van het zgn abstracte karakter van de afstand¹. De afstand is een rechtshandeling, die zich onttrekt aan de algemene regels van het overeenkomstenrecht. Met name geldt voor haar niet het vereiste der geldige causa. Zij is een zelfstandige rechtshandeling met vaste inhoud en dwingend geregelde rechtsgevolgen, die zich geheel aan de invloed van de partij-autonomie onttrekken. Een analoon vindt men in het huwelijk als familierechtelijke instelling, die niet voor contractuele regeling vatbaar is².

¹ Aldus H R 24 juni 1938 (hierboven geciteerd), Scholten (onderschrift bij dit arrest), Meijers (Algemene begrippen van burgerlijk recht I, p 290), Petit (ac proefschrift 1920), Suyling I, p 418 en De Bruijn p 332. Ten onrechte is eenzelfde standpunt ingenomen voor de boedelscheiding, vgl H R 12 dec 1947, N J 1948 no 109, zie ook H R 28 nov. 1958, N J 1959 no. 125, *Ars Acqui* jan 1959 m o v Polak, die m i terecht oordeelt, dat daarin de leer van het arrest van 1947 is verlaten. Zie hierover mijn opstel „Zwarigheden vóór en na de boedelscheiding” in W P N R 4660/61. In W P N R 4656/57 verdedigt Van der Ploeg echter, dat het arrest van 1958 geen koersverandering beduidt.

² Zie nog De Bruijn p 334/335 en W P N R 4201 betreffende de vraag of extensieve uitleg van art 1395 niet leiden kan tot wegneming der onbillijke gevolgen van de abstracte leer.

HOOFDSTUK III

HUWELIJKSVOORWAARDEN

DEEL A. ALGEMEEN DEEL

§ 1. *De aard der overeenkomst van huwelijksvoorwaarden (art. 194)*

Ook in het huwelijksvermogensrecht geldt in beginsel contractsvrijheid. Behoudens door de wet gestelde beperkingen zijn partijen vrij de vermogensrechtelijke gevolgen van hun (voorgenomen) huwelijk zelf te regelen. De wet zelf drukt dit in art. 194 beperkter uit door te verklaren, dat zij kunnen „afwijken van de regelen opzigtelijk de *wettelijke gemeenschap* vastgesteld, mits dezelve niet met de goede zeden of met de openbare orde strijdig zijn, en bovendien onder de navolgende bepalingen”. Blijkens deze tekst wordt de contracteervrijheid dus slechts toegelaten op het terrein, dat door de 7de Titel wordt bestreken. Dit is echter minder juist, daar ook op het terrein van de 6de Titel nog enige vrijheid bestaat, hoewel in het algemeen de hierin gegeven regeling het wettelijk statuut voor alle huwelijken – ongeacht hun goederenstelsel – weergeeft en derhalve dwingend recht bevat. Men bedenke voorts, dat omgekeerd in de 7de Titel vele regels voorkomen, die uit hun aard niet voor wijziging bij overeenkomst vatbaar zijn, zoals de regels betreffende de aansprakelijkheid voor schulden (artt. 176 en 183, vgl. 208 lid 2), sommige regels betreffende de ontbinding der gemeenschap (artt. 178, 179 en 180) en de bepalingen omtrent de afstand der gemeenschap (artt. 184 t/m 188). Tenslotte kan men niet slechts van de regels der wettelijke gemeenschap afwijken, doch tevens, als een der in de wet genoemde keuze-stelsels wordt aanvaard, van de hiervoor gegeven wettelijke regeling.

Dit alles in aanmerking genomen, kan men dus de regel der algemene contracteervrijheid betreffende de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk voor de echtgenoten of aanstaande echtgenoten handhaven, mits wordt erkend, dat de regeling van partijen niet kan ingaan tegen:

- A. de goede zeden of de openbare orde (art. 194, art. 14 A.B.);
- B. de bepalingen van de 6de Titel, behoudens het bepaalde in art. 161 lid 1 en de m.i. bestaande mogelijkheid de aansprakelijkheid, bedoeld in art. 166, contractueel aan te vullen¹;
- C. de bovengenoemde bepalingen van de 7de Titel;
- D. de bijzondere verbodsbepalingen der artt. 196 t/m 198, alsmede alle overige voorschriften uit de 8ste Titel, die door uitdrukkelijke bepaling (zo o.a. de artt. 201, 202, 203 en 204) of

¹ Vgl. het hierboven op p. 50 en 52 (noot 1) opgemerkte.

uit hun aard (zo o.a. de artt. 200, 206 en 207) niet voor contractuele wijziging of opheffing vatbaar zijn.

De vraag naar een omschrijving van het begrip huwelijksvoorwaarden is een der moeilijkste uit het huwelijksvermogensrecht. In de literatuur en jurisprudentie vindt men talloze omschrijvingen, die alle in mindere of meerdere mate onderlinge verschillpunten vertonen¹. In feite kan men deze definities in twee hoofdgroepen verdelen: zodanige, die het accent leggen op de *regeling* van de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk en anderzijds de omschrijvingen, die eisen dat deze regeling een *afwijking* van de wettelijke bepalingen dient in te houden². Nu de Wet van 14 juni 1956 de mogelijkheid van het maken van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk heeft ingevoerd, zal men, bij aanvaarding dezer laatste omschrijving, thans dienen te spreken van een wijziging van de krachtens de wet *of eerdere huwelijksvoorwaarden* bestaande vermogensrechtelijke regeling.

Het verschijnsel van huwelijksvoorwaarden is rechtshistorisch zeer oud. In tijden dat een aanstaand huwelijk nog een gebeuren was, waaromtrent tussen de wederzijdse families langdurige onderhandelingen werden gevoerd, werden tevoren de gevolgen op familierechtelijk, erfrechtelijk en vermogensrechtelijk gebied nauwkeurig bepaald. Huwelijks toestemmingen van aanstaande echtgenoten en hun bloedverwanten werden van het al of niet intreden van bepaalde rechtsgevolgen afhankelijk gesteld. In de ware zin des woords waren de regelingen, die hieromtrent tussen de a.s. echtgenoten werden getroffen, dan ook *hewelijksvoorwaarden*³. Van deze universele betekenis der vroegere huwelijksvoorwaarden getuigde nog tot 1 jan. 1957 art. 195 (oud), als het verbod af te wijken van „de regten welke uit de magt van den man, als zoodanig, en uit de ouderlijke magt voortspruiten”. Dat in vroeger tijden in huwelijksvoorwaarden pacta de (non) succedendo en pacta de heriditate tertiï voorkwamen, blijkt voorts duidelijk uit de nog bestaande verbodsbepalingen der artt. 196 en 1109.

Sedert het Ontwerp-1820 is de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden echter duidelijk uit het algemene familierecht losge-

¹ Een overzicht hiervan vindt men in Van der Ploeg's opstel „Welke overeenkomsten zijn huwelijksvoorwaarden?” in W P N R 4486/87 en bij De Bruijn p 356 e v. De wettelijke omschrijving in art. 195 kan men nauwelijks een poging tot definiering noemen, is zij als zodanig bedoeld, dan is zij veel te beperkt.

² In eerstgemelde zin. H R 10 juni 1892, W 6199, Diephuis IV p. 294, Land I p 212, Suyling VII no 221, Pitlo-Meyling I p 192, Asser-Scholten-Wiarda p. 238, Van der Ploeg in W P N R 4485 en De Bruijn p 357 en p 363/364, in laatstgemelde zin. Vollmar I no 125, Klaassen-Eggens-Polak p 54 en Ontwerp-Meyers art 1811.

³ Zie de historische beschouwing bij De Bruijn p 351-356. Een kostelijke weergave van bedoelde onderhandelingen uit een niet te ver geleden vindt men nog in het artikel van Hermesdorf „Notaristypen bij Honoré de Balzac” (W P N R 4642/44).

maakt¹; de zich wijzigende opvattingen omtrent het familierecht in engere zin maakten, dat heden ten dage niemand meer betwist, dat huwelijksvoorwaarden op de regels van dit laatste geen inbreuk kunnen maken.

Van de beide overblijvende gebieden, waarop men door huwelijksvoorwaarden de wettelijke regelingen wijzigde – het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht – bleef in hoofdzaak slechts het eerstgenoemde met de hierbovengestelde beperkingen over. Erfrechtelijke regelingen in de vorm van pacta de non succedendo en de hereditate tertii werden hier te lande verboden, algemeen door de overname van art. 1130 C.C. in art. 1370 en, voor huwelijksvoorwaarden in het bijzonder, door de artt. 196 en 1109. Ook pacta de succedendo acht men echter hier verboden krachtens de aan ons testamentaire erfrecht ten grondslag liggende beginselen van eenzijdigheid en herroepelijkheid van de uiterste wil. De historische praktijk dezer laatste pacta tussen (*aanstaande*) *echtgenoten* en tussen *derden* en (*aanstaande*) *echtgenoten* heeft men echter willen behouden².

In de tijd der Republiek was men deze als onherroepelijk gaan beschouwen, hetgeen in het Ontwerp-1820 uitdrukkelijk werd bepaald. Zo zijn de rechtsfiguren ontstaan, die in de artt. 223 e.v. en 231 e.v. in afwijking van het algemene recht worden toegelaten. N.m.m. zijn zij derhalve op historische gronden te beschouwen als een regeling van huwelijksvoorwaarden. Tegen deze beschouwing komt geen enkele wetsbepaling in verzet, terwijl zij van wezenlijk nut zal blijken te zijn.

Uit het bovenstaande kan nu immers de navolgende omschrijving van het begrip huwelijksvoorwaarden worden afgeleid: de overeenkomst, gesloten tussen (*aanstaande*) *echtgenoten*, waarbij zij de *vermogensrechtelijke* en/of *erfrechtelijke* gevolgen, die uit hun (voorgenomen) huwelijk voor hen beiden of één hunner (zullen) voortvloeien, regelen.

In de rechtsleer wordt wel onderscheid gemaakt tussen een materiëel en een formeel begrip huwelijksvoorwaarden. Dit laatste is met name door Hamaker³ omschreven als: „elke overeenkomst tussen *aanstaande* *echtgenoten* terzake van hun huwelijk wettiglijk aangegaan, onverschillig wat daarvan de inhoud zij”.

De voornaamste redenen, die hij voor deze onderscheiding aanvoerde, waren:

1. verschillende wetsbepalingen – o.a. de artt. 174 en 194 – zouden zinledig zijn, indien een louter materiële omschrijving werd erkend;

¹ De regeling werd toen gemaakt tot een zelfstandige (7de) Titel van Boek I (artt. 341–394)

² Zulks is bevestigd aan het slot van art. 1370, hoewel daarin deze pacta niet expressis verbis zijn genoemd

³ W P N R 1475/1478, Verspreide Geschriften I p. 184 e.v.

2. contractuele erfstellingen of legaten tussen echtgenoten zouden in de materiële omschrijving niet mogelijk zijn, indien zij niet verbonden werden met een overeenkomst waarbij op enigerlei wijze werd afgeweken van de wettelijke gemeenschap.

Het komt mij voor, dat dit formele begrip zowel gekunsteld als overbodig is. Aan een onderscheid als hier gemaakt bestaat immers niet de minste behoefte, indien men inziet, dat de erfrechtelijke overeenkomsten, bedoeld bij artt. 223 e.v., zelve een regeling van huwelijksvoorwaarden zijn. Toegegeven kan worden, dat het vervangen van de term „huwelijksvoorwaarden” in de artt. 174 en 194 door bovenstaande omschrijving ons niet veel zegt; dit is echter m.i. geen tekortkoming in deze omschrijving, doch een gevolg van het feit, dat de wetgever aldaar niet meer pretendeert te doen dan ons te wijzen op het feit, dat de 7de Titel in beginsel aanvullend recht inhoudt.

Aanvaardt men bovenstaand ruim begrip huwelijksvoorwaarden, dan behoeft men zijn toevlucht niet meer te nemen tot kunstmatige constructies, als partijen uitsluitend een wederzijdse contractuele erfstelling wensten en men deze, om haar mogelijk te maken, verbond aan een clause, luidende dat men huwde in de wettelijke gemeenschap.

In de gegeven omschrijving wordt welbewust niet gerept over de vraag of de door partijen overeengekomen regeling in enig opzicht moet afwijken van het tussen hen krachtens wet of eerdere huwelijksvoorwaarden geldende stelsel.

Naar ik meen, is dit nl. in het geheel geen vraag. Een „regeling der vermogensrechtelijke en/of erfrechtelijke gevolgen” van het (voorgenomen) huwelijk door zich te refereren aan de wet of de reeds geldende regels is toch *re vera* in gelijke mate juridisch zinledig en irrelevant als een uiterste wil, waarin wordt bepaald, dat de nalatenschap *ab intestato* zal vererven¹. In dit laatste geval zullen de erfgenamen hun recht krachtens de wet en niet ingevolge testament verkrijgen. In de gegeven definitie is zulk een toevoeging aan een contractuele erfstelling dan ook geheel overbodig; deze erfstelling is immers zelf een regeling van huwelijksvoorwaarden. Gelijk de huwelijksvermogensrechtelijke mogelijkheden in huwelijksvoorwaarden worden beknot door de bovengenoemde wettelijke regels, zo worden daarbij de erfrechtelijke mogelijkheden beperkt door de bepalingen van de artt. 223 e.v.

Uit de definitie volgt tenslotte, dat een overeenkomst slechts dan als huwelijksvoorwaarden is te beschouwen, als zij tot een (aanstaand) huwelijk in noodzakelijk verband staat. Buiten het begrip staan derhalve die overeenkomsten, die wel tussen echtgenoten zijn gesloten, doch die ook tussen vreemden tot stand kun-

¹ De Bruijn p. 357 meent, dat ook zodanige rechtsbevestigende verklaringen huwelijksvoorwaarden zijn, daar hiertegen „immers niet het geringste bezwaar kan bestaan”. Dit laatste is evident, doch raakt de kern der zaak niet; het gaat er om of de overeenkomst zelfstandige rechtsgevolgen heeft.

nen komen, daar zij de hoedanigheid van echtgenoten voor partijen niet noodzakelijk vereisen¹.

De vraag of een overeenkomst als huwelijksvoorwaarden moet worden beschouwd is van groot belang voor de toepassing der vereisten van bevoegdheid, vorm en publicatie, vervat in de artt. 200 t/m 209.

Aan de hand van bovenstaande begripsduiding zullen wij thans enige concrete voorbeelden beschouwen.

a. De schenking van tegenwoordige en bepaaldelijk omschreven goederen (art. 224) is zonder twijfel een regeling van huwelijksvoorwaarden, ook indien zij geheel op zichzelf staat, indien zij slechts de strekking heeft de geschonken goederen buiten de gemeenschap te stellen, zodat aldus vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk worden geregeld. Belangwekkender wordt echter de vraag, indien deze schenking staande huwelijk plaats vindt en gericht is vanuit het ene privé-vermogen naar het andere. De moeilijkheid is hier, dat men zich, bij de aanpassing van de artt. 223 e.v. aan het nieuwe beginsel van art. 204, de verhouding tot het schenkingsverbod (art. 1715) niet diepgaand heeft gerealiseerd. De oplossing is i.c. een wettelijke uitzondering op het verbod te aanvaarden. Vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk worden in dit geval echter niet geregeld; het betreft een overeenkomst als een huur- of maatschapscontract, die evenzeer tussen vreemden kan worden gesloten, zodat van een regeling van huwelijksvoorwaarden geen sprake is. Om de inbreuk op art. 1715 te beperken, eist art. 223 echter, dat zij geschiedt „bij huwelijksvoorwaarden”. Voor de hier bedoelde schenking is derhalve koppeling aan een werkelijke regeling van huwelijksvoorwaarden nodig.

b. De bestuursovereenkomst, die art. 177 (eerste lid) toelaat, is zonder twijfel een regeling tussen (aanstaande) echtgenoten van de vermogensrechtelijke gevolgen van hun (voorgenomen) huwelijk. Zij is diensvolgens naar de gegeven definitie een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden. Niettemin zijn bij uitzondering de voorschriften omtrent vorm (de artt. 201 en 203), bevoegdheid (art. 204) en publicatie (art. 207) niet op haar van toepassing krachtens de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever².

Deze bedoeling is tot uiting gebracht door de mogelijkheid van het „anders overeenkomen” in de wettelijke bestuursregel op te nemen. Dat de regel der bestuursverdeling naar het criterium der formele verkrijging van aanvullend recht is, behoefde de wetgever immers niet uitdrukkelijk te zeggen. De expliciete vermelding der mogelijkheid tot contractuele afwijking moet derhalve een bijzondere betekenis hebben.

c. De contractuele verdeling der huishoudkosten (art. 161 lid 1)

¹ Aldus ook de Duitse en Zwitserse literatuur, vermeld door Van der Ploeg in W.P.N.R. 4485 (p. 146).

² Vgl. hieromtrent ook Hoofdstuk II Deel A § 5.

is evenzeer een regeling van huwelijksvoorwaarden¹. Men mag haar vermelding in de wetstekst echter niet gelijk stellen met de verwijzing naar de afwijkende bestuursovereenkomst in art. 177. Hier bevinden wij ons immers op het terrein der dwingende bepalingen van de 6de Titel, waarvan slechts wettelijk toegelaten afwijkingen mogelijk zijn. Op deze overeenkomst zijn derhalve de voorschriften der artt. 200 e.v. volledig toepasselijk. Voor hem, die hieraan mocht twijfelen, bepaalt art. 161 ten overvloede uitdrukkelijk, dat het beding „bij huwelijksvoorwaarden” moet worden aangegaan.

d. Een verrekeningsovereenkomst staande huwelijk gesloten, die beoogt, zonder extern-zakenrechtelijke werking, tussen echtgenoten een resultaat te scheppen, dat economisch gelijk is aan de uitkomst van een ander dan het tussen hen bestaande goederenstelsel, acht ik een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden. Hier worden immers obligatoire, dus vermogensrechtelijke, gevolgen van het huwelijk geregeld. Dat de verplichting tot afrekening in deze zin eerst na de ontbinding van het huwelijk ontstaat, maakt ten deze geen verschil².

e. Scheiding der gemeenschap onder opschortende voorwaarde van haar ontbinding komt wel voor, als partijen bij voorbaat, bv. tijdens een geding tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of opheffing der gemeenschap de verdeling wenssen vast te leggen. Gesteld dat zij niet ongeldig is als onderdeel van een meeromvattende, doch nietige, regeling tussen partijen, komt in de rechtsleer de vraag aan de orde of deze voorwaardelijke scheiding als een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden moet worden beschouwd met de bovenomschreven gevolgen. Het komt mij voor, dat naar de boven opgestelde omschrijving hiervan geen sprake is. Niemand is verplicht in een onverdeeltheid te blijven (art. 1112); van echtgenoten, die met elkander een overeenkomst sluiten tot het aangaan waarvan de een de ander uiteindelijk kan dwingen, kan men toch niet zeggen dat zij vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk regelen. Zij wikkelen i.c. veeleer het *resultaat* dezer gevolgen af. Ware het anders, het zou onder de oude wet onmogelijk zijn geweest staande huwelijk een gemeenschap te verdelen, die door scheiding van tafel en bed was ontbonden! Toen immers ontbrak een bepaling als art. 204³.

¹ Aldus ook. Polak supplement p 13, Van der Ploeg W P N R 4486 en De Bruijn p 365

² Anders. Polak supplement p 14

³ Het hier gestelde geldt uiteraard niet, indien partijen in de overeenkomst zich niet tot een zuivere regeling der scheiding beperken, doch vooraf de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk wijzen. Opmerkelijk is, dat De Bruijn p 368 ongeveer in gelijke zin oordeelt, doch meent, dat de overeenkomst een regeling van huwelijksvoorwaarden is voorzover zij *afwijkingen* van het tussen partijen geldende statuut inhoudt. Verlaat de schr. dan hier zijn leer, dat geen afwijking der geldende regels nodig is om een overeenkomst huwelijksvoorwaarden te doen zijn? De door De Bruijn genoemde voorbeelden zijn m.i. veeleer regelingen, die nietig zullen zijn ex art. 1715

Men denke hierbij echter aan de rol, die art. 1715 steeds speelt. Houdt de scheidingsregeling een bevoordeling van een der deelgenoten uit vrijgevigheid in, dan is deze laatste nietig. Naar omstandigheden kan deze nietigheid de gehele scheiding vitiëren.

f. Op gelijke wijze moet n.m.m. een staande huwelijk gesloten verblijvensbeding worden behandeld. Tussen echtgenoten zal dit doorgaans op vrijgevigheid berusten en dan een wederzijdse materiële bevoordeling onder voorwaarde van overleving inhouden. Ook hier dreigt derhalve de nulliteit van art. 1715, tenzij de overeenkomst gesloten is ter voldoening aan een wederzijdse verzorgingsplicht. Evenmin speelt art. 1715 een rol, indien het verblijven geschiedt onder bezwarende titel, derhalve onder verplichting tot uitkering der waarde van het verbleven aandeel van de eerststervende echtgenoot aan diens rechtverkrijgenden.

Terecht wordt het verblijvensbeding heden ten dage doorgaans als een voorwaardelijke scheiding – liever: een scheiding met voorwaardelijke toedelingen – beschouwd¹. M.i. is dit beslissend voor de hier aan de orde zijnde vraag; als scheiding is het verblijvensbeding geen regeling van huwelijksvoorwaarden en derhalve niet onderworpen aan de bepalingen der artt. 200 e.v. Hiertegen is wel aangevoerd², dat het verblijvensbeding tussen echtgenoten, met werking bij dode en bevoordelingsbedoeling, zou zijn gelijk te stellen met een contractueel legaat in de zin van de artt. 223 e.v., zodat het slechts bij huwelijksvoorwaarden zou mogen worden aangegaan. Deze leer miskent het bijzondere karakter der contractuele erfstellingen en legaten, zoals dit in de artt. 223 e.v. is vastgelegd. Met name komt dit karakter tot uiting in het voorschrift van art. 228, dat een zeer bijzonder rechtsgevolg dezer „erfvereenkomsten” regelt. Dit gevolg is aan een verblijvensbeding zeker niet verbonden, zodat o.a. hierin een wezenlijk verschil tussen beide rechtsfiguren is te vinden.

Ik concludeer derhalve, dat het verblijvensbeding staande huwelijk tussen echtgenoten gesloten – mits niet in strijd met art. 1715 – ook buiten huwelijksvoorwaarden geldigheid bezit, zelfs al zou daarin het gehele actief der gemeenschap begrepen zijn³.

¹ Vgl. over het verblijvensbeding i h a . Buining, ac proefschrift Groningen 1932, De Lange en Van Vrijberghe de Coningh, prae-adviezen Broederschap Cand. Not. 1932, Van der Ploeg in W.P.N.R. 3603 e.v., W.P.N.R. 4485 en prae-advies Broederschap Not. 1960 p. 15–19 en p. 43–45, De Bruijn in W.P.N.R. 3889 en 4014 e.v.

² Van der Ploeg in evengemeld prae-advies p. 44

³ Anders: Van der Ploeg in W.P.N.R. 4485, nu z i vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk worden geregeld in afwijking der wet, daar het beding zou derogeren aan art. 181 indien het verblijven geschiedt om niet, terwijl voorts doorgaans zal worden afgeweken van art. 182. De Bruijn, die in W.P.N.R. 3889 het verblijvensbeding nog geen huwelijksvoorwaarden achtte, en deze leer nog handhaafde in zijn handboek (p. 125) is later daarin (p. 365) van mening veranderd en gaat thans nog verder dan Van der Ploeg door *elk* hier bedoeld verblijvensbeding als huwelijksvoorwaarden te beschouwen. Als dezen ook de Toelichting op het Ontwerp-Meijers art. 181 I (p. 76)

Daar intussen deze opvatting geenszins algemeen gedeeld wordt, blijft het in de praktijk wenselijk in deze de grootst mogelijke voorzichtigheid te betrachten.

§ 2. *De speciale verbodsbepalingen uit de 8ste Titel (artt. 196, 197 en 198)*

Van de artt. 194, 196, 197 en 198, waarin de wetgever verbodsbepalingen heeft neergelegd, verdient het eerstgenoemde nauwelijks verdere toelichting. Dat de inhoud van huwelijksvoorwaarden niet in strijd mag zijn met de goede zeden of de openbare orde, is immers reeds in art. 14 Wet A.B. te lezen voor alle „handelingen of overeenkomsten”, waaronder ook huwelijksvoorwaarden vallen. Enig verschil tussen beide wetsbepalingen zou men slechts kunnen zien in het feit, dat art. 14 Wet A.B. verbiedt in te gaan tegen „de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben”, terwijl art. 194 strijd met de goede zeden of de openbare orde in het algemeen verbiedt. Dit laatste zou dan kunnen betekenen, dat wij huwelijksvoorwaarden ook moeten toetsen aan *ongeschreven* normen van openbare orde of goede zeden. In hoeverre dit verschil echter praktische consequenties zou hebben, is niet geheel duidelijk. Zeer zeker is de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden van bijzondere aard, daar zij tot voorwerp heeft de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk, zijnde de van staatswege erkende vereniging van man en vrouw, die een der grondslagen onzer samenleving vormt. Met dit te stellen krijgt echter deze overeenkomst m.i. nog geen eigen familierechtelijk karakter, of een publiekrechtelijke inslag. Per definitie immers zijn haar mogelijkheden beperkt tot het vermogens- en erfrecht, derhalve tot die gebieden, waarop in beginsel aanvullend recht geldt. Naar wij zagen, werden echter daarbij door de wet reeds velerlei beperkingen aangebracht; om deze reden zou ik een eventuele – juist voor deze overeenkomst geldende – nieuwe beperking willen afwijzen¹.

Na deze algemene verbodsbepaling – die derhalve m.i. zelfstandige betekenis mist – volgen een drietal bijzondere bepalingen, die thans ter sprake komen². Ook de eerste hiervan (art. 196) ver-

Als zuivere scheidingshandeling is het beding echter m.i. geldig, ook aan de mening van Meijers kunnen wij geen beslissende betekenis toekennen, nu ook het Nieuw B.W. geen omschrijving van het begrip huwelijksvoorwaarden inhoudt. Als in de tekst Polak W.P.N.R. 4640, Buining t a p, alsmede deze laatste in het debat n a v de prae-adviezen van Polak en Prakken, gehouden te Haarlem op 19 sept 1957 (vgl. Corr. Blad dec 1957 p. 248).

¹ Door Klaassen-Eggens-Polak p. 54 wordt kennelijk aan de door Eggens aanvaarde „familierechtelijke inslag” op dit punt wel enige betekenis toegekend. Terecht wordt deze inslag doorgaans ontkend, vgl. ook Rb. Zwolle 21 jan 1953, N.J. 1954 no. 98, De Bruijn p. 373 en het aldaar opgenomen literatuuroverzicht.

² De overige bepalingen uit de 7de en 8ste Titel, waarvan niet bij huwelijksvoorwaarden kan worden afgeweken (zie de aanhef van § 1) worden, c.q. werden, in ander verband behandeld.

dient weinig aandacht door haar overbodigheid naast de voorschriften van de artt. 1370 lid 2 en 1109. Zij verbiedt immers *pacta de (non) succedendo* met betrekking tot „de nalatenschap hunner afkomelingen”, welke overeenkomsten door de genoemde bepalingen reeds worden verhinderd. In het bijzonder art. 1109 spreekt hier duidelijk door nadrukkelijk huwelijksvoorwaarden te noemen bij het verbod afstand te doen van een niet-opengevallen nalatenschap of de aanspraken hierop te vervreemden.

Echter reeds afgezien van deze overbodigheid om wetstechnische redenen, zou men aan deze bepaling zelfstandige betekenis moeten ontzeggen. Zij past immers niet meer in onze hedendaagse opvatting van huwelijksvoorwaarden als een regeling van vermogensrechtelijke en – incidenteel – erfrechtelijke gevolgen van het huwelijk tussen (aansttaande) echtgenoten. In het Nieuw B.W. Boek 1 Titel 8 Afd. 1 is art. 196 niet overgenomen.

Eerst in art. 197 stuiten wij op een voorschrift van wezenlijk belang. Verboden wordt het beding in huwelijksvoorwaarden, waardoor de ene echtgenoot „tot een groter aandeel in de schulden zal gehouden zijn dan deszelfs aandeel in de baten der gemeenschap belooft”. De *ratio legis* dezer bepaling is terug te voeren tot dezelfde gedachte die aan het verbod van art. 1715 ten grondslag ligt: „*mutuo amore invicem spoliarentur*”. Het verschil zou dan alleen zijn, dat art. 1715 een wachter is tegen onberaden directe vermogensverschuivingen, terwijl het onderhavige verbod waakt tegen het scheppen van een algemene grondslag, die latere handelingen, waaruit bevoordeling van de ene echtgenoot ten koste van de andere voortvloeit, mogelijk maakt. Men werpe niet tegen, dat toch in elke vorm van huwelijksvoorwaarden, waarin men een gemeenschap aanvaardt van baten en schulden met een andere verdeelsleutel dan de wettelijke, een bevoordeling van de ene echtgenoot schuilt, die door onberaden toestemming kan zijn tot stand gekomen. Vooreerst immers gaat men een vermogensgemeenschap aan voor goede en slechte dagen, zodat uiteindelijk nog moet blijken of de echtgenoot met het grootste aandeel in actief en passief wel bevoordeeld is; daarnaast echter zou men in deze gedachte welhaast tegen iedere regeling van huwelijksvoorwaarden, die de wettelijke gemeenschap uitsluit of beperkt, bezwaar moeten hebben.

Dat het hier – terecht – verboden beding echter de weg zou vrij maken voor voortdurende en oncontroleerbare verrijking ten koste van de andere echtgenoot, is evident, als men overweegt, dat de ene echtgenoot tengevolge van de voor actief en passief verschillende breukdelen het in de hand zou hebben door aankopen het gemeenschapsactief te vergroten, terwijl hij in de koopprijs een kleinere bijdrage behoeft te leveren dan zijn aandeel in de verworven zaak bedraagt. Op deze wijze zou hij terzake van iedere aankoop na ontbinding der gemeenschap een verrekening ten koste van de andere echtgenoot kunnen eisen.

Anders dan in het voorgaande en het volgende voorschrift spreekt de wet hier van „niet mogen”. Bedoeld is echter een „niet kunnen”, daar de bepaling slechts effectieve werking zal bezitten, wanneer het verwerpelijke beding rechtens geen enkel gevolg heeft. Het resultaat is dan, dat baten en schulden tussen partijen bij helfte worden gedeeld¹.

Ten onrechte is vaak in art. 197 veel meer gelezen dan er werkelijk staat. Met name is de mening onjuist, dat door deze bepaling bij gemeenschap van winst en verlies het beding, dat aan een echtgenoot de gehele winst zal toevallen, ongeoorloofd zou zijn. „Winst” moet hier immers worden opgevat in de betekenis van „winstsaldo”².

Evenmin tenslotte staat het artikel in de weg aan een verblijvensbeding betreffende de gehele gemeenschap of bepaalde zaken daaruit, bv. de inboedel. Wij zagen immers, dat zulk een regeling als een scheiding met voorwaardelijke toedeling dient te worden opgevat. De verboden onderling verschillende breukdelen in baten en schulden worden daardoor echter geenszins ingevoerd. Of het verblijvensbeding daarbij een verplichting tot vergoeding oplegt is irrelevant³.

De laatste bepaling in deze reeks (art. 198) verbiedt door een verwijzing in algemene bewoordingen een buitenlands of afgeschaft goederenstatuut als stelsel te aanvaarden. Zo zal men heden ten dage niet kunnen bepalen, dat de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk zullen worden geregeld „door het Duitse huwelijksvermogensrecht” of „overeenkomstig de wettelijke bepalingen, die op dit stuk in Nederland hebben gegolden tot 1 januari 1957”. Zou men dit rechtsgeldig willen overeenkomen, dan behoren de betrokken wetsbepalingen woordelijk in de akte te worden overgenomen.

¹ Aldus ook de heersende leer Klaassen-Eggens-Polak p 57, Asser-Scholten-Wiarda p 260, De Bruijn p 389, Suyling VII no 32, Völlmar I no 126, Veegens-Pitlo I p 212, Pitlo-Meyling I p 198. De leer, dat de verdeling der schulden dan gelijk gemaakt zou moeten worden aan de verdeling der baten (De Pinto II § 122 en Diephuis IV p 304) is derhalve thans verlaten.

In het Nieuw B W is art. 197 niet overgenomen. Ten onrechte vermeldt Asser-Scholten-Wiarda p 261, dat de bepaling met de artt 195 (oud) en 198 zou zijn samengevat in art. 1816 Ontwerp Meijers en Regeringsontwerp. Dit is onjuist. In dit laatste, waaruit de bepaling juist verdween. Vgl. de niet zeer heldere motivering dezer verdwijning in Mem. van Toel. minister Donker (Wetsontwerp 3767 no 3).

² Vgl. H R 13 jan 1899, W 7230 en W P N R 1530. Aldus ook Asser-Scholten-Wiarda p 260.

³ In deze zin Buining, ac. proefschrift Groningen 1932 p 78 en De Bruijn p 390 en in W P N R 4013/4015.

Anders Pitlo-Meyling I p 200 voor het geval het verblijvensbeding niet de gehele gemeenschap, doch bv. slechts de inboedel daaruit, omvat. Deze schrijft aan in de huwelijksvoorwaarden twee afzonderlijke gemeenschappen overeen te komen. N m m is dit laatste rechtens onbestaanbaar, iedere – ook samengestelde – vorm van gemeenschap is slechts een modificatie der wettelijke gemeenschap.

De reden van dit alles laat zich licht raden. Voor derden, die het huwelijksgoederenregister raadplegen, moet het overeengekomen régime op eenvoudige wijze vast te stellen zijn hetzij door kennisname van de tekst zelf, hetzij door raadpleging van de geldende Nederlandse wetsbepalingen waarnaar wordt verwezen. Naar de heersende opvatting wordt – m.i. terecht – deze regel een vormvoorschrift geacht. De consequentie hiervan is de toepasselijkheid van art. 10 Wet A.B., zodat art. 198 de Nederlanders, die in het buitenland huwelijksvoorwaarden aangaan, niet raakt en zij – tenzij een aldaar geldend overeenkomstig voorschrift zulks verhindert – door een enkele verwijzing een buitenlands wettelijk stelsel kunnen aanvaarden¹.

§ 3. *Bekwaamheid en bevoegdheid (artt. 206, 203 lid 2 en 204)*

Huwelijksvoorwaarden zijn slechts bestaanbaar in verband met een te sluiten of reeds gesloten huwelijk. De wet gaat ervan uit, dat tot het maken de grootst toelaatbare vrijheid moet bestaan voor hen, die een huwelijk kunnen aangaan, c.q. reeds hebben aangegaan. Eenvoudigheidshalve spreken wij hier enkel over het maken van huwelijksvoorwaarden en begrijpen, daar ook het wijzigen van bestaande huwelijksvoorwaarden onder; dit wijzigen is immers mede een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden.

De beperkingen, die op bedoelde vrijheid bestaan, kunnen als volgt worden samengevat:

- A. Regels, die aan handelingsonbekwamen bijstand van derden tot de huwelijksvoorwaarden voorschrijven (artt. 206 en 506 lid 2 en 3).
- B. Regels, die voor een ieder gelden en bevoegdheidsbeperkingen inhouden (artt. 203 lid 2 en 204).

Ad. A. Bijstand aan handelingsonbekwamen

Personen, die door de wet handelingsonbekwaam zijn verklaard, nemen als algemene regel niet in persoon aan het rechtsverkeer deel, doch worden bij rechtshandelingen vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger. Hierop vormt nu het optreden bij huwelijksvoorwaarden een uitzondering, daar minderjarigen en curandi hier *persoonlijk* handelen met *bijstand* van degenen wier toestemming tot het huwelijk vereist was (artt. 206 en 506 lid 2 en 3). Tussen deze beide groepen bestaat dit verschil, dat bij de eerstgenoemde categorie uit de aard der zaak slechts het maken van huwelijksvoorwaarden vóór een voorgenomen huwelijk een rol speelt, terwijl daarentegen bij de laatstgenoemde categorie ook het maken of het wijzigen van huwelijks-

¹ Aldus ook H.R. 14 jan. 1926, N.J. 1926 p. 292 m.o.v. Meijers, Rb. Middelburg 26 juni 1957, N.J. 1957 no. 637, De Bruijn p. 392.

Asser-Scholten-Wiarda p. 260 is echter van mening, dat „niet gezegd kan worden, dat art. 198 alleen een vorm voorschrijft“.

voorwaarden staande huwelijk in beginsel aan dezelfde regels blijft gebonden.

1. Minderjarigen.

Een minderjarige, die voldoet aan de bepalingen der artt. 84 e.v. bezit de vereisten om een huwelijk aan te gaan. Bij het maken der huwelijksvoorwaarden is de bijstand daartoe vereist van hen, wier toestemming tot het huwelijk noodzakelijk was ingevolge de artt. 92 en 93. Dit houdt een zekere beperking in, daar niet wordt verwezen naar art. 98, zodat de daar bedoelde minderjarigen – die men gewoonlijk met „regeringskinderen” aanduidt – geen bijstand van de Minister van Justitie behoeven tot het aangaan van huwelijksvoorwaarden.

Voorzover de ingevolge de artt. 92 en 93 vereiste toestemmingen niet verkregen worden, kunnen zij overeenkomstig art. 94 worden vervangen door verlof van de kantonrechter tot het huwelijk. Wenst de minderjarige, die dit verlof van node heeft, tevens huwelijksvoorwaarden te maken, dan dient het ontwerp der akte bij het verzoek om verlof te worden gevoegd, „teneinde daaromtrent gelijktijdig worde beschikt”, bepaalt art. 206 lid 2¹.

Hieruit mag niet worden afgeleid, dat de kantonrechter slechts het verlof tot het huwelijk zou mogen verlenen, indien hij tevens de ontworpen huwelijksvoorwaarden goedkeurt. Indien hij de huwelijksvoorwaarden niet in het belang van de minderjarige acht, zal hij uitsluitend verlof tot het huwelijk verlenen, zodat dit slechts kan worden gesloten in de wettelijke goederengemeenschap.

2. Onder curatele gestelden.

Overeenkomstig het bepaalde in art. 506 (leden 2 en 3) is de wegens verkwisting, gewoonte van drankmisbruik of zwakheid van vermogens onder curatele gestelde in staat een huwelijk aan te gaan met toestemming van zijn curator en toeziend curator. Tevens geldt hierbij de mogelijkheid een dezer of beide toestemmingen te vervangen door het rechterlijk verlof van art. 94 (art. 506 lid 3). Deze laatste bepaling verwijst tevens naar art. 206, zodat de curandus tot de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden de bijstand van curator en toeziend curator zal behoeven, terwijl geweigerde bijstand kan worden vervangen door goedkeuring van het ontwerp der akte van huwelijksvoorwaarden door de kantonrechter.

Wenst een der genoemde curandi staande huwelijk een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden te sluiten, dan zal dezelfde regeling gelden, met dien verstande, dat in dit geval geweigerde bijstand niet door rechterlijk verlof kan worden vervangen. De rechtsmacht van de rechter, geregeld in art. 206 lid 2, omvat

¹ De kantonrechter verleent ex art. 94 geen „toestemming”, doch „verlof”; hij valt derhalve niet onder hen die cf. art. 206 lid 1 „bijstand” verlenen.

slechts het geval, waarin hij zowel het voorgenomen huwelijk als de huwelijksvoorwaarden moet beoordelen¹.

Omtrent de vorm van de bijstand laat de wet zich niet uit. Uit de tekst van art. 206 – mede uit art. 163 (oud) – valt echter af te leiden, dat met „bijstand” medewerking in de handeling wordt bedoeld. Nu de notariële akte bestaansvereiste is voor de overeenkomst (art. 201), zal de bijstand ook bij deze akte moeten plaats hebben. De betreffende verklaring kan ook door een gemachtigde worden afgelegd. De notariële praktijk verlangt hier terecht – terwille van het bewijs – een schriftelijke volmacht, doch neemt doorgaans genoegen met een onderhands geschrift. Dit is m.i. niet verwerpelijk, daar de bijstand verlenende persoon, naar het mij voorkomt, geen contractspartij is en derhalve zijn verklaring geen bestanddeel uitmaakt van de – vormelijke – overeenkomst zelf².

Met bovenstaande beschouwing staat in nauw verband de vraag wat rechtens is, indien de wettelijk vereiste bijstand – of rechterlijke goedkeuring als bedoeld in art. 206 lid 2 – ontbreekt. Wij gaan er hierbij uiteraard vanuit, dat tussen partijen een huwelijk volgt of reeds bestaat en dat in het laatste geval art. 204 in acht is genomen.

Naar het mij voorkomt, lijden huwelijksvoorwaarden door een handelingsonbekwame partij gesloten zonder de vereiste bijstand, c.q. goedkeuring, slechts aan de vernietigbaarheid bedoeld bij de artt. 1482 e.v.³.

Als eerste – wetstechnisch – argument hiervoor zou ik willen wijzen op het bepaalde in art. 1483 lid 2, dit a contrario.

Voorts echter – en dit acht ik doorslaggevend – is er geen reden de eenheid van systeem te verbreken, nu ook de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden vermogensrechtelijk van aard is. Dat zij incidenteel ook erfrechtelijke gevolgen heeft, vermag dit niet te veranderen. Een „publiekrechtelijke inslag” kan ik in haar niet ontdekken. Opgemerkt zij in dit verband nog, dat de rechtsfiguur,

¹ Hij, die beweert, dat dit alles uit de wet niet geheel duidelijk blijkt, heeft niet geheel ongelijk, art. 506 wijst naar art. 206, dat uit zijn aard slechts slaat op huwelijksvoorwaarden vóór het huwelijk aan te gaan. De nevinstelling in art. 200 en de ratio legis van art. 206 wijzen ons echter de juiste weg. Als in de tekst ook Asser-Scholten-Wiarda p. 244/245.

² Ziet men dit anders, dan nog is de onderhandse vorm aanvaardbaar, tenzij geldt, dat overal waar de wet solemnitatis causa een vorm voorschrijft ook volmacht en pactum de contrahendo tot de handeling aan dezelfde vorm als deze gebonden zijn. Vgl. ook Klaassen-Eggens-Polak p. 62, Suyling VII no. 226 en De Bruijn p. 408.

³ Aldus ook: Asser-Scholten-Wiarda p. 246, Suyling VII no. 228, Völlmar I no. 131, alle auteurs der 19de eeuw, Hof 's-Gravenhage 5 jan. 1942, N.J. 1942 no. 257 (waartegen cassatieberoep verworpen door H.R. 11 febr. 1943, N.J. 1943 no. 197). Anders: Klaassen-Eggens-Polak p. 61, Pitlo-Meyling I p. 194, Veegens-Pitlo I p. 208, De Bruijn p. 399, Rb. Amsterdam 22 okt. 1946, N.J. 1947 no. 325 en Hof 's-Gravenhage 17 juni 1946, N.J. 1947 no. 342.

waarmede zij juridisch-technisch verbonden is – het huwelijk – ook zelve slechts vernietigbaar is op de wettelijk geregelde gronden (art. 140).

De vernietigbaarheid kan m.i. dan ook slechts worden ingeroepen door de rechtsvertegenwoordiger van de onbekwame, door hemzelf na het ophouden der onbekwaamheid en door zijn erfgenamen, derhalve niet door de handelingsbekwame wederpartij of door derden. Dit gevolg is zeer bevredigend, daar art. 206 met het vorderen van bijstand slechts beoogt de onbekwame te beschermen.

Een bijzonder geval doet zich nog voor, indien de akte van huwelijksvoorwaarden in overeenstemming met het bepaalde in art. 206 lid 1 is verleden, doch tussen deze akte en de dag der huwelijksluiting omstandigheden intreden, die maken dat tot het huwelijk andere personen dan zij die bijstand verleenden in de huwelijksvoorwaarden toestemming moeten geven, c.q. dat iemand, die deze bijstand verleende, thans de huwelijks toestemming weigert, zodat rechterlijk verlof moet worden gevraagd. Nu huwelijksvoorwaarden eerst werking verkrijgen door het opvolgend huwelijk, moet m.i. art. 206 in die zin worden uitgelegd, dat er identiciteit moet zijn tussen degenen, die bijstand verlenen in de huwelijksvoorwaarden en hen, die tot het huwelijk toestemming geven. Dit heeft tot gevolg, dat huwelijksvoorwaarden in de boven aangegeven gevallen opnieuw moeten worden aangegaan: met bijstand van de personen, die thans toestemming tot het huwelijk moeten geven, c.q. na goedkeuring van het ontwerp door de kantonrechter overeenkomstig art. 206 lid 2 jo art. 94¹.

Ad B. Bevoegdheidsbeperkingen

De wisselvalligheden van het menselijk leven, soms bestaande in veranderde omstandigheden, niet zelden echter ook in veranderd menselijk inzicht, doen vaak de wens ontstaan gesloten overeenkomsten in onderling overleg daaraan aan te passen. Tot de hervorming van 1 januari 1957 was zulks ten aanzien van huwelijksvoorwaarden slechts vóór het huwelijk mogelijk. Thans kan men met zekere beperkingen ook staande huwelijk de geldende huwelijksvoorwaarden wijzigen of opheffen of – zo er nog geen bestonden – deze alsnog aangaan.

1. Veranderingen vóór het huwelijk.

Hieromtrent bepaalt art. 203 lid 2, dat geen veranderingen „van waarde zijn zonder de tegenwoordigheid en de gelijktijdige toe-

¹ Aldus ook Pitlo-Meyling I p. 194 en Asser-Scholten-Wiarda p. 245 De Bruijn p. 398 acht het voldoende, dat de „niewbakken huwelijksstoestemmers” alsnog goedkeuring hechten aan de eerdere huwelijksvoorwaarden. Hoe hiermede aan het bijstandsvereiste van art. 206 zou voldaan zijn, is niet duidelijk. Dat overigens het geval niet zuiver theoretisch is, bewijst RvR II in W P N R 4709

stemming van alle de personen, die in de huwelijksevoorwaarden partijen geweest zijn". Het begrip „partijen" zal hier niet in de gewone civielrechtelijke zin mogen worden verstaan; in deze zin zijn toch slechts de (aanstaande) echtgenoten partijen in de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden. Veeleer moet men hier onder „partijen" al diegenen verstaan, die in enig opzicht in de akte schriftelijke verklaringen hebben afgelegd. Hieronder vallen ook zij, die in de akte bijstand verleenden aan partijen, alsmede derden, die, overeenkomstig het bepaalde in art. 231, in de huwelijksvoorwaarden aan de aanstaande echtgenoten schenkingen deden.

Al deze personen zullen tot de veranderingen moeten medewerken. Voor hen, die ten tijde der veranderingen nog steeds handelingsonbekwaam zijn, is dit niets bijzonders; ook de veranderingen zijn immers huwelijksvoorwaarden en vallen onder art. 206. Wat zal echter gelden als de aanstaande echtgenoten inmiddels handelingsbekwaam zijn geworden? N.m.m. ontbreekt dan elke redelijke grond om het voorschrift zo te interpreteren, dat zij niettemin de bijstand behoeven van hen, die tijdens hun vroegere onbekwaamheid hun medewerking verleenden. Zij zullen dan zelfstandig nieuwe huwelijksvoorwaarden kunnen maken¹.

Een vorm van *bevoegdheids*beperking schuilt echter in de noodzaak voor de aanstaande echtgenoten de medewerking van de bovenbedoelde schenkers tot de veranderingen te verkrijgen. De wetgever heeft verband mogelijk geacht tussen het feit der schenking en de inhoud van het huwelijkscontract. Wil men van gemeenschap van winst en verlies, bij nader inzien, overgaan op de gemeenschap van vruchten en inkomsten, dan kan hierin een reden gelegen zijn voor een schenker zijn medewerking aan deze wijziging te onthouden, zo is kennelijk de gedachte van de wetgever geweest.

Het is duidelijk, dat hierbij de antieke figuur der huwelijksvoorwaarden als een familie-contract een rol speelde. Niettemin hebben wij met het voorschrift als positieve rechtsregel te maken. Toch zal niets de a.s. echtgenoten belletten de gemaakte huwelijksvoorwaarden zonder medewerking der schenkers in te trekken en daarvoor nieuwe in de plaats te stellen. Daarmee vervalt echter de vroeger gedane schenking; zij is immers niet gedaan „bij huwelijksvoorwaarden" – deze zijn vervallen –, noch bij „afzonderlijke notariële akte", gelijk art. 231 eist².

¹ In deze zin Asser-Scholten-Wiarda p. 247 en Klaassen-Eggens-Polak p. 62. Het voorschrift van art. 1814 Nieuw B.W. zou ik reeds nu willen toepassen: slechts de medewerking van hen, wier toestemming tot het huwelijk vereist is, is noodzakelijk.

Anders Pitlo-Meijling I p. 194 (implicite) en De Bruijn p. 402, die laatste leert zelfs dat handelingsbekwame meerderjarigen „in dit geval die bekwaamheid missen". Dit lijkt mij in strijd met ons rechtssysteem, waarin onbekwaamheid een juridische toestand met algemene werking is.

² Aldus ook Asser-Scholten-Wiarda p. 247, Klaassen-Eggens-Polak p. 62 en Pitlo-Meijling I p. 195.

2. Huwelijksvoorwaarden staande huwelijk.

Na het sluiten van het huwelijk kunnen huwelijksvoorwaarden gemaakt of gewijzigd worden, mits het huwelijk tenminste drie jaren heeft bestaan en de inhoud der overeenkomst door de rechtbank is goedgekeurd (art. 204). Dit is een door de Wet van 14 juni 1956 uit het Ontwerp-Meijers (art. 1.8.1.5) overgenomen novum, waardoor het hier te lande traditioneel bestaande onveranderlijkheidsstelsel belangrijk werd verzwakt, nu zijn beginsel – een absoluut verbod – werd prijsgegeven.

Aan dit beginsel lag ten grondslag zowel de vrees, dat bij het verlenen van vrijheid tot wijziging de crediteuren der echtgenoten zouden kunnen worden benadeeld, als de bezorgdheid, dat de man tijdens het huwelijk de vrouw tot voor haar ongunstige veranderingen zou weten over te halen. In een geavanceerd stelsel schijnt voor deze laatste vrees geen grond meer, terwijl men tegen het eerste gevaar voldoende waarborgen kan scheppen, gelijk in buitenlandse rechtsstelsels – met name in het Duitse en Zwitserse – is bewezen. Een voorzichtig wetgever is ten onzent echter door invoering van het rechterlijk toezicht het oog blijven houden op beide gevaren.

Onze wet heeft intussen voor de rechter bij zijn toezicht voldoende bewegingsvrijheid geschapen door te volstaan met de bepaling, dat de goedkeuring wordt geweigerd, indien een redelijke grond voor het maken of wijzigen der voorwaarden ontbreekt of indien er gevaar bestaat voor benadeling van schuldeisers (art. 204 in fine). Een rechterlijk oordeel over dit laatste lijkt mij eenvoudiger te geven dan een uitspraak over de redelijkheid der aangevoerde gronden.

Bevoegd tot kennisneming van het verzoek om goedkeuring is de rechtbank, binnen welker rechtsgebied de man zijn woonplaats heeft of, wanneer alleen de vrouw woonplaats heeft in Nederland, de rechtbank binnen welker rechtsgebied haar woonplaats is gelegen (art. 204 lid 2 aanhef).

Het verzoek wordt ingediend bij request namens beide echtgenoten door een procureur, onder overlegging van een ontwerp der akte van huwelijksvoorwaarden (art. 799 Rv. lid 1). Alvorens op het verzoek te beslissen kan de rechtbank bevelen, dat het in twee door haar aangewezen dagbladen wordt bekend gemaakt. In deze bekendmaking moet de door de rechtbank aan te wijzen dag worden vermeld, waarop schuldeisers door haar in raadkamer worden gehoord. Tevens moet daarin worden vermeld, dat het ontwerp der akte ter griffie van de rechtbank ter inzage ligt. Tegen de beschikking der rechtbank kan hoger beroep worden ingesteld bij request, ondertekend door een procureur (art. 799 Rv. leden 2 en 3)¹.

¹ Hoger beroep moet, ingevolge het bepaalde in art. 345 Rv. lid 2, worden ingesteld binnen twee maanden na de dagtekening der beschikking. De cassatietermijn is ingevolge het bepaalde in art. 345 jo 428 lid 2 jo 398 lid 2 Rv. eveneens twee maanden, hoewel dit laatste artikel verre van duidelijk is.

Na goedkeuring van het ontwerp kan de akte worden verleden, waarna de in art. 207 bedoelde inschrijving in het huwelijks-goederenregister moet plaats hebben. De rechtbank kan bij de goedkeuring bepalen, dat deze inschrijving moet worden bekend gemaakt in een of meer dagbladen en in de Nederlandse Staatscourant. In dat geval werken de gemaakte of gewijzigde huwelijksvoorwaarden niet ten nadele van derden vóór deze bekendmaking (art. 207 lid 3).

De praktijk tot heden – vgl. het resultaat van het onderzoek weergegeven in Hoofdstuk III deel B § 2 – heeft uitgewezen, dat de thans bestaande mogelijkheid tot verandering in een behoefte voorziet, terwijl – mede door de grote mate van publiciteit waarmede de verandering is omgeven – de belangen van derden op afdoende wijze zijn beschermd. Tevens is gebleken, dat de rol van de procureur in de goedkeuringsprocedure in de meeste gevallen van strikt formele aard is, terwijl de notaris-redacteur van het ontwerp hier op een zijner specifieke terreinen is en op de achtergrond een belangrijke rol speelt. Veelal wordt hij door de rechtbank gehoord, wanneer toelichting op het ontwerp wenselijk wordt geacht¹.

De in art. 204 gestelde vereisten van tijdsverloop en rechterlijke goedkeuring hebben een verschillende ratio legis². De termijn van drie jaren is gesteld om de bestendigheid in het huwelijks-goederenstelsel te bevorderen en te voorkomen, dat aanstaande echtgenoten uit gemakzucht het maken van huwelijksvoorwaarden tot na de huwelijksluiting uitstellen. Het rechterlijk toezicht is ingesteld om tussen echtgenoten een waarborg te scheppen tegen onberaden wijziging, doch tevens om de belangen van crediteuren te beschermen³.

De beide vereisten houden bevoegdheidsbeperkingen in⁴. Zij

¹ Te betreuren is m.i. dan ook de aanneming van het amendement-Tendeloo (wetsontwerp 1430 stuk no 22 d.d. 2 mei 1956), waardoor in art 799 Rv de woorden „door een notaris wordt ondertekend” werden vervangen door „door een procureur wordt ingediend”

Er was hier m.i. reden van het principe van de verplichte rechtsbijstand door een procureur af te wijken, in het thans geldende stelsel is – mede door de onderscheiden dagbladadvertenties – de effectuering van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk voor velen een vrij kostbare zaak geworden

² Vgl. Toelichting bij Ontwerp-Meyers art. 1815

³ Terecht wijst Asser-Scholten-Wiarda p. 242 op het feit, dat het in art. 204 (slot) neergelegde stelsel afwijkt van het in het burgerlijk kinderrecht i.h.a. gevolgde systeem, waar verzoeken „slechts mogen worden afgewezen, indien” (vgl. o.a. art. 304a lid 3), hieruit volgt, dat de rechter i.c. niettemin de goedkeuring kan weigeren, ook al is er een redelijke grond en al is er géén gevaar voor benadeling van crediteuren. Van praktisch belang lijkt mij dit te zijn, als de echtgenoten te vaak van hun wijzigingsbevoegdheid staande huwelijk zouden trachten gebruik te maken. Vgl. De Bruijn p. 394 en Asser-Scholten-Wiarda p. 242

⁴ Ten onrechte spreekt De Bruijn p. 403 in dit verband over „beperking van de bekwaamheid”

betreffen derhalve in het internationaal privaatrecht het personeel statuut (art. 6 Wet A.B.) en „verbinden de Nederlanders ook wanneer zij zich buiten 's lands bevinden”. Bij de vaststelling van de tekst van art. 204 heeft men echter hieraan te weinig aandacht geschonken. Hebben beide echtgenoten hun woonplaats buitenslands, dan ontbreekt een rechter hier te lande die bevoegd is van het verzoek om goedkeuring van het ontwerp kennis te nemen. Dient men nu ervan uit te gaan, dat rechterlijke goedkeuring hierdoor onnodig wordt of moeten partijen zich tot de rechter van hun buitenlandse woonplaats wenden en quid juris, indien deze zich onbevoegd verklaart? Betekent dit laatste, dat partijen geen rechterlijke goedkeuring meer behoeven, of dat zij nu geen huwelijksvoorwaarden kunnen maken? Naar ik meen, dient inderdaad de buitenlandse rechter te worden geadieerd, en zullen – indien deze zich onbevoegd verklaart – geen huwelijksvoorwaarden gemaakt kunnen worden, zolang beide echtgenoten buiten Nederland woonplaats hebben¹. Deze uitkomst is – naar reeds gebleken is – weinig bevredigend, doch zij is te wijten aan een duidelijke omissie van de wetgever, die hierin door wijziging van art. 204 zal moeten voorzien. Bij de intensivering van het internationale verkeer bestaat hieraan grote behoefte; tot heden is nl. gebleken, dat de rechtscollages onzer buurlanden zich in deze doorgaans onbevoegd menen te moeten verklaren, zulks tot groot nadeel van betrokkenen, die voor een wettelijke regeling, welke dit resultaat heeft, weinig begrip zullen kunnen opbrengen.

De rechterlijke goedkeuring van huwelijksvoorwaarden heeft intussen reeds belangwekkende uitspraken opgeleverd. Hierdoor is ook praktisch vast komen staan, dat terecht door de wetgever als afzonderlijke grond voor weigering het gevaar van benadeling van crediteuren is gesteld. Bezielt men de beide standaardfiguren – overgang van de wettelijke gemeenschap naar het régime van uitsluiting en omgekeerd – dan zal met name in deze laatste figuur benadelingsgevaar schuilen, indien het privé-vermogen van de ene echtgenoot een actief saldo, doch dat van de andere echtgenoot vóór de samenvoeging een groot passief saldo vertoonde².

In het eerste geval echter, waarin partijen de wettelijke ge-

¹ Van der Ploeg acht in W P N R 4497 (Rvr II) voor een op Aruba wonend Nederlands echtpaar wijziging uitgesloten, nu het aldaar geldende recht wijziging niet toelaat, zodat deze schrijver in het goedkeuringsvoorschrift – ten onrechte – als een regel de vorm der handeling betreffende ziet. Van der Ploeg blijkt echter van mening veranderd in zijn antwoord op Rvr II in W P N R 4537 (bevestigd in het antwoord op Rvr III in W P N R 4651), waarmede ik mij ten dele verenigen kan, niet duidelijk komt echter tot uiting dat art. 204 bevoegdheidsbeperkingen inhoudt, die steeds en overal zullen gelden. Vgl. ook Jalink in W P N R 4544 en 4572, die – zonder motivering – de rechtbank van de laatste woonplaats in Nederland bevoegd acht.

² Aldus ook De Bruijn p. 405, anders Polak supplement p. 8, die meent, dat benadelingsgevaar steeds ontbreken zal. Vgl. ook Jalink in W P N R 4572. Polak is echter in W P N R 4594 – terecht – van mening veranderd.

meenschap opheffen, is het benadelingsgevaar niet in de huwelijksvoorwaarden zelf aanwezig, daar de crediteuren reeds worden beschermd door het bepaalde in art. 183 lid 1. Wel kan echter benadeling ontstaan door de wijze waarop de ontbonden gemeenschap wordt gescheiden, indien nl. deze verdeling zeer ongelijk zou zijn en de gemeenschapsschulden geheel of merendeels door één der echtgenoten waren aangegaan, terwijl aan hem juist zeer weinig actief zou worden toebedeeld. Waarschijnlijk is echter, dat hier zowel in strijd met art. 1715 – echter niet geschonden indien art. 223 is nageleefd – als art. 1377 wordt gehandeld. Crediteuren zullen dan zich op deze laatste bepaling beroepende, een dergelijke scheiding kunnen negeren¹.

De vraag naar het aanwezig zijn van een redelijke grond voor het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden heeft eveneens belangwekkende rechterlijke uitspraken opgeleverd. Zo werd het doel der echtgenoten om, door uitsluiting van iedere gemeenschap voor het vervolg, het beletsel voor opheffing van de curatele van een hunner teniet te doen, een redelijke grond geacht².

Zo werd als een redelijke grond beschouwd het verlangen om aan de vrouw, indien zij de langstlevende zou zijn, enige verzorging te verschaffen door een constructie, waarbij zij in dit geval de inboedel zou verkrijgen³.

Een redelijke grond werd ook aanwezig geacht voor het beëindigen, waarin werd overeengekomen dat het jaarlijkse overschot der inkomsten tussen de echtgenoten zou worden verdeeld. Hierdoor wordt verhinderd, dat de vrouw, die mede door haar arbeid de financiële welstand opvoerde, daarvan niet mede zou kunnen profiteren⁴. De „diep gewortelde gevoelsoverweging, dat hetgeen man en vrouw bezitten hun gemeenschappelijk eigendom behoort te zijn”, werd als een redelijke grond aanvaard om een gemeenschap van winst en verlies om te zetten in een algehele gemeenschap⁵.

Bij overgang van enige vorm van gemeenschap op het régime van uitsluiting, ontstaat een voor onmiddellijke scheiding vatbare ontbonden gemeenschap. Veelal wordt deze in de akte van

¹ In een geval van vervanging der wettelijke gemeenschap door het régime van uitsluiting eiste de Rb. Amsterdam 24 maart 1958, N.J. 1958 no. 248, als voorwaarde voor haar goedkeuring, dat partijen in de akte van huwelijksvoorwaarden zich hoofdelijk aansprakelijk stelden voor alle gemene schulden. Dit is naar omstandigheden zeker nuttig, daar het een afdoende bescherming biedt. Ik heb echter de indruk, dat men deze eis – naar dit voorbeeld – ook is gaan stellen in gevallen, waarin daarvoor geen enkele grond was.

² Hof Amsterdam 25 juni 1958, N.J. 1959 no. 159.

³ Hof 's-Gravenhage 18 okt. 1957, N.J. 1958 no. 221, waarbij werd vernietigd Rb. 's-Gravenhage 8 april 1957, N.J. 1957 no. 300. Dit laatste vonnis werd terecht gecritiseerd door Polak supplement p. 9.

⁴ Hof Amsterdam 11 november 1959, N.J. 1960 no. 286.

⁵ Rb. Zwolle 25 jan. 1958, N.J. 1958 no. 570; vgl. echter H.R. 12 okt. 1962, R.v.d.W. 1962/25, beslissende dat dit motief i.c. niet opwoog tegen de „lichtvaardigheid” der wijziging.

huwelijksvoorwaarden terstond tussen de echtgenoten gescheiden. Deze scheiding is echter – gelijk ik betoogde – geen overeenkomst van huwelijksvoorwaarden¹. Partijen zijn derhalve niet gehouden in dit geval het ontwerp der *gehele* akte aan de rechter ter goedkeuring voor te leggen; zij kunnen het ontwerp der verdeling onder zich houden. Dit betekent echter niet, dat deze niet-overlegging niet aan de rechter een grond zou kunnen opleveren zijn goedkeuring te weigeren. Juist immers uit de wijze van verdeling zou de rechter kunnen afleiden, dat de huwelijksvoorwaarden het middel zijn tot bevoordeling van de ene echtgenoot, zodat zij wellicht zijn ingegeven door onbehoorlijke beïnvloeding, waartegen het des rechters taak is te waken. Een verplichting tot overlegging van het scheidingsconcept bestaat dus niet, doch men loopt bij niet-overlegging het risico, dat de goedkeuring der huwelijksvoorwaarden wordt geweigerd².

De vraag naar de betekenis der rechterlijke goedkeuring kan tenslotte worden gesteld. Uit de wet is niet af te leiden, dat zij na het verlijden der akte een garantie zou zijn voor de onaantastbaarheid van haar inhoud. Met een dwingende wetsbepaling strijdige bedingen blijven ondanks de goedkeuring nietig. Het rechterlijk toezicht heeft immers niet de strekking juridische gebreken in de akte op te sporen. Wilsgebreken van partijen – daaronder begrepen niet door de rechter ontdekte onbehoorlijke beïnvloeding van één der partijen – blijven ten volle hun rechtsgevolgen behouden. De *actio Pauliana* blijft aan crediteuren openstaan tegen huwelijksvoorwaarden, aangegaan in de in art. 1377 omschreven omstandigheden, tenzij zij dit recht verwerkt hebben door hun houding tijdens de goedkeuringsprocedure.

Men kan de vraag stellen of het goedkeuringsvereiste van art. 204 – naast bepalingen als de artt. 1377 en 1715 – dan eigenlijk wel redelijke zin heeft. Mij lijkt van wel, vooreerst vanwege de van het vereiste uitgaande preventieve werking, doch voorts, omdat – gelijk wij zagen – niet de handeling zelf een directe eenzijdige bevoordeling van één der partijen, noch een benadeling van hun crediteuren, behoeft in te houden, doch zij wel de basis kan scheppen voor toekomstige ongewenste verhoudingen³.

Het bepaalde in art. 204 lid 2 is mede van toepassing verklaard op het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden door gescheiden echtgenoten, die met elkander willen hertrouwen. Het beginsel der wet is immers hier, dat de gevolgen van het eerste huwelijk van rechtswege herleven, alsof er geen echtscheiding had

¹ Aldus ook Polak in W.P.N.R. 4594 en Van der Ploeg in Rspr. overzicht W.P.N.R. 4619.

² In deze zin ook Polak t.a.p.; anders: Van der Ploeg t.a.p.. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 28 nov. 1957, N.J. 1959 no. 630.

³ Vgl. hieromtrent de beschouwing van Polak in W.P.N.R. 4594.

plaats gehad. De geldigheid van rechtshandelingen, tussen echtscheiding en nieuw huwelijk verricht, wordt echter beoordeeld naar het tijdstip der handeling (art. 287a lid 1)¹.

§ 4. *De vorm der huwelijksvoorwaarden (artt. 201 en 203 lid 1)*

Huwelijksvoorwaarden moeten op straffe van nietigheid bij notariële akte worden verleden (art. 201). Deze bepaling luidt algemeen en geldt derhalve voor alle overeenkomsten van huwelijksvoorwaarden, onverschillig of zij vóór of tijdens het huwelijk tot stand komen. Uit de afzonderlijke vermelding der notariële vorm in art. 203 (lid 1) voor veranderingen in de oorspronkelijke overeenkomst, die vóór het huwelijk worden aangebracht, mag niet a contrario worden afgeleid, dat – nu art. 204 van geen notariële vorm rept – wijzigingen staande huwelijk aangebracht aan geen vorm gebonden zouden zijn².

Ook deze wijzigingen zijn in ieder opzicht overeenkomsten van huwelijksvoorwaarden. De aard der handeling bepaalt de vorm.

Bij overtreding van het vormvoorschrift hebben de huwelijksvoorwaarden, zelfs tussen partijen, geen enkele kracht. De vorm is hier een bestaansvoorwaarde voor de handeling. Er bestaat derhalve een tegenstelling tot het later te behandelen art. 205; de verplichte vermelding der daar genoemde aanbrengsten is een bewijsvoorschrift, dat althans tussen partijen buiten toepassing blijft, wanneer het feit der aanbreng tussen hen niet betwist wordt. Het motief der wet in art. 201 draagt echter een gemengd karakter. De vorm is zowel – *solemnitatis causa* – in het belang van partijen voorgeschreven, als – *securitatis causa* – in het belang van derden.

Deze vaststelling is mede van belang ter bepaling van de vorm der volmacht tot het aangaan van huwelijksvoorwaarden, indien een der partijen zich wil doen vertegenwoordigen door een lasthebber. Uit geen enkel wetsvoorschrift is immers af te leiden, dat de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden een hoogst persoonlijke handeling zou zijn, die geen vertegenwoordiging duldt, gelijk dit het geval is bij de totstandbrenging van een uiterste wil in openbare vorm of het verlijden der akte van bewaargeving van een olograaf of van superscriptie van een geheim testament. Uit de artt. 986, 979 en 987 is het hoogst persoonlijk karakter dezer rechtshandelingen immers duidelijk af te leiden. Dit karakter ontbreekt bij de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden. De volmacht daartoe zal n.m.m. eveneens aan de notariële vorm ge-

¹ Blijkens art. 261c is de regeling van art. 287a toepasselijk verklaard op echtgenoten, die met elkander hertrouwen na ontbinding van hun eerder huwelijk na scheiding van tafel en bed overeenkomstig de artt. 255 e.v.

² Ten onrechte wordt dit wel eens geleerd; vgl. Asser-Scholten-Wiarda p. 243 en Jalink in W.P.N.R. 4572

Slechts Polak supplement p. 5 ziet – terecht – geen enkele moeilijkheid. Vgl. ook De Bruijn p. 407, die iets minder stellig is.

bonden moeten worden geacht. De reden hiervoor is gelegen in het feit, dat ook de handeling zelf – mede – in het belang van partijen bij notariële akte moet worden verricht¹.

§ 5. *Tijdstip en inwerkingtreding (artt. 200 en 202)*

In twee korte bepalingen regelt de wetgever het thans aan de orde gestelde onderwerp. Art. 200 bepaalt, dat huwelijksvoorwaarden zowel vóór het te sluiten huwelijk als tijdens het huwelijk tot stand kunnen komen, waarbij echter, wat dit laatste betreft, gelet moet worden op het voorschrift van art. 204. Voorts zegt art. 202, dat vóór het huwelijk gemaakte huwelijksvoorwaarden beginnen te werken vanaf het tijdstip der voltrekking van het huwelijk. Het dwingende karakter dezer bepaling wordt sterk geaccentueerd door haar slotwoorden: „geen ander tijdstip kan daarvoor worden aangewezen”. Vergelijkt men deze bepaling met het tot 1 januari 1957 gegolden hebbende recht, dan vindt men haar terug in art. 202 lid 2 (oud). Merkwaardig is nu, dat de wetgever van 1956 zich beperkt heeft tot de overname van dit voorschrift – uiteraard toen geldende voor de vóór het huwelijk gesloten overeenkomst – doch in alle toonaarden zwijgt over de inwerkingtreding van *staande huwelijk* gemaakte huwelijksvoorwaarden.

Met de hier bedoelde regel was ten nauwste verbonden het onder het afgeschafte recht vrijwel algemeen aanvaarde stelsel, dat het bij de huwelijksluiting door de echtgenoten overeengekomen of door de wet aan hen – bij gebreke van huwelijksvoorwaarden – opgelegde goederenrégime, niet slechts onveranderlijk was in dier voege, dat men daarin *staande* huwelijk contractueel geen veranderingen meer kon brengen (het absolute onveranderlijkheidsbeginsel van de artt. 174 lid 2, 202 lid 1, 204, 252, 261c, 287a en 303 oud), doch tevens, dat men evenmin door opneming van voorwaarden of tijdsbepalingen in het vóór het huwelijk gesloten huwelijkscontract het aanvankelijk régime staande huwelijk kon doen overgaan in een ander stelsel of doen verdwijnen. Op deze wijze ontstond de wel als het „eenheidsbeginsel” aangeduide regel, dat – behoudens de vermogensrechtelijke gevolgen van scheiding van tafel en bed en scheiding van goederen – gedurende het gehele huwelijk eenzelfde goederenstelsel moest heersen². M.i. was het

¹ Dit punt is zeer omstreken, als in de tekst. Klaassen-Eggens-Polak p. 62 en Suyling VII no. 226. Vgl. ook Labourel in W P N R jaargang 1941, p. 273, 285 en 293. De vraag of de wet deze regel erkent, moet men overigens met voorbehoud beantwoorden, de artt. 1217 lid 2 en 1720 zijn er mede in overeenstemming, hoewel dit laatste art. zwijgt over de volmacht van de schenker. Een uitzondering vormt in elk geval art. 366 W van K, vgl. ook art. 1240 lid 2. Gewoonterechtelijk wordt voorts afgeweken in de notariële praktijk bij de opmaking der volmacht in onderhandse vorm tot de medewerking aan een overdracht van onroerend goed, hoewel art. 671a hiervoor thans als regel – m.i. mede in het belang van partijen – de notariële vorm voorschrijft.

² Vgl. hieromtrent De Bruijn p. 120–147, in W P N R 3888–3892 en in Themis 1954 p. 405, die het oude absolute onveranderlijkheidsbeginsel en dit eenheidsbeginsel scherp onderscheidt. Zie ook Polak p. 40.

vroegere – absolute – veranderingsverbod van dit eenheidsbeginsel een bepaalde uitingsvorm, want hoezeer ook toegegeven kan worden, dat de wetgever met het veranderingsverbod ook de belangen der echtgenoten zelve meende te dienen, het stond tevens in dienst van het eenheidsbeginsel.

Dit beginsel berust immers op de gedachte, dat het gekozen goederenstelsel *voor derden* duidelijk en eenvoudig waarneembaar moet zijn, hetgeen vóór de herziening van 1 jan. 1957 meebracht, dat staande huwelijk daarin geen wijzigingen met werking tegen derden konden intreden, noch door beding in de oorspronkelijke huwelijksvoorwaarden, noch door een nieuwe overeenkomst.

Dit leidde ertoe, dat naast de door de uitdrukkelijke bepaling van art. 202 lid 2 (oud) verboden opneming van opschortende en ontbindende *tijdsbepalingen* in huwelijksvoorwaarden, op grond van de bedoeling der wet mede daarin opschortende en ontbindende *voorwaarden* ontoelaatbaar werden geacht. Tegen de uitsluiting dezer voorwaarden werd tevergeefs aangevoerd, dat op grond van de terugwerkende kracht der bedongen voorwaarde (artt. 1297 en 1301) het eindresultaat toch zou zijn, dat juridisch-technisch gedurende het gehele huwelijk slechts één stelsel bleek te hebben gegolden. Terecht werd hiertegenover gesteld, dat op deze wijze een zwevende en onzekere toestand zou ontstaan, die onverenigbaar is te achten met de voor derden door de wet gewenste zekerheid, nu met het tussen echtgenoten geldende stelsel belangrijke zaken-rechtelijke gevolgen zijn verbonden. Deze opvatting was onder het oude recht de gangbare geworden¹.

De drang naar eenvoud en zekerheid voor derden lijkt mij ook het thans geldende recht nog in volle omvang te beheersen. Weliswaar geldt het stelsel der eenheid van régime gedurende het huwelijk niet meer in absolute zin, daar één aspect ervan, het veranderingsverbod, althans in beginsel is verdwenen, nu de wetgever onder zekere beperkingen het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk heeft toegestaan (art. 204), doch deze inbreuk op het absolute stelsel zal men eng moeten opvatten, nu de wetgever van 1956 overigens niet van verruiming van het geldende standpunt heeft blijk gegeven. De opvattingen in het Ontwerp-Donner neergelegd gelden ook heden nog; dit Ontwerp stelde de mogelijkheid tot het wijzigen of aangaan van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk voor, doch verbood tegelijkertijd de inwerkingtreding of beëindiging van huwelijksvoorwaarden van voorwaarden of tijdsbepalingen te doen afhangen².

Uit niets blijkt, dat de wetgever van 1956 een andere opvatting

¹ Niet in het minst door het bekende arrest van de H. R. d. d. 21 jan. 1944, N. J. 1944/45 no. 120 („conversie-arrest”), waarbij de oude leer, die nog tot uiting kwam in H. R. 7 jan. 1881, W. 4594, werd verlaten. In gelijke zin als het arrest van 1944. Klaassen-Eggens (5de druk p. 48 en 8ste druk p. 64), Veegens-Pitlo I p. 209, Pitlo-Meyling I p. 195, Suijling VII nos. 18 en 225, Asser-Scholten I p. 175, Vóllmar I p. 129.

² Vgl. de artt. 198 en 196 lid 2 van dit Ontwerp.

was toegedaan, hoewel een uitdrukkelijke wettelijke bevestiging van de bestaande leer wenselijk ware geweest¹.

Wie met de notariële praktijk te maken heeft, zal overigens de – althans externe – uitsluiting van voorwaarden en tijdsbepalingen slechts toejuichen. Hij weet, dat ondanks de aan huwelijksvoorwaarden gegeven mate van publiciteit het voor derden in de praktijk reeds moeilijkheden genoeg oplevert het goederenstelsel, waarin hun (toekomstige) wederpartij is gehuwd, te bepalen. Zouden hierbij nog voorwaardelijke of tijdelijke regelingen in het geding komen, dan zou het voor deze derden bovendien nog plicht worden rekening te houden met velerlei rechtsfeiten, die met betrekking tot de echtgenoten kunnen voortvallen en waarvan een mutatie in het geldende stelsel het gevolg zou zijn. Overgang van het ene stelsel op het andere is thans mogelijk, doch onvoorwaardelijk, zonder tijdsbepaling en uitsluitend via de procedure van art. 204, derhalve onder toezicht van de rechter en omgeven met publicatieverplichtingen, die de mutatie voor derden terstond duidelijk waarneembaar maken².

Om dezelfde redenen acht ik het verbinden van externe terugwerkende kracht aan staande huwelijk gemaakte of gewijzigde huwelijksvoorwaarden niet toegelaten. Het hierboven gezegde geldt hierbij nog in sterkere mate³.

Tot slot kan men de vraag stellen welke rechtsgevolgen intreden, indien partijen aan hun huwelijksvoorwaarden een door de letter of de strekking der wet verboden tijdsbepaling of voorwaarde, dan wel de evenbedoelde ongeoorloofde terugwerkende kracht, verbinden.

Ter beantwoording dezer vraag wordt terecht i.h.a. onderscheid gemaakt tussen de interne rechtsgevolgen der huwelijksvoorwaarden en hun werking tegen derden. Het eenheidsbeginsel berust op de gedachte der derdenbescherming; slechts door een onmiddellijk en onvoorwaardelijk ex nunc ingaande regeling, staande huwelijk getroffen onder de waarborgen van art. 204, kan men er inbreuk

¹ Men kan deze omissie niet toeschrijven aan de reeds meer gesignaleerde haast, waarmee de Lex Van Oven tot stand is gebracht, daar ook het Ontwerp-Donker verzuimde zich i.c. uitdrukkelijk uit te spreken.

² Als in de tekst: Polak p. 40/41. Gewoonlijk wordt echter voor de opname van tijdsbepalingen in staande huwelijk getroffen regelingen – op grond van art. 202, a contrario uitgelegd – anders geleerd: vgl. De Bruijn p. 134 e.v., Pitlo supplement p. 34 en Asser-Scholten-Wiarda p. 248. De beide eerstgenoemde schrijvers erkennen ook uitdrukkelijk de geldigheid van voorwaardelijke regelingen. De Bruijn p. 143 wijst daarbij o.a. op de mogelijkheid van voorwaardelijke eigendom en de voorwaardelijke vestiging van zakelijke rechten, daarbij m.i. miskennende, dat het onderzoek in de hier bedoelde openbare registers een geheel ander karakter draagt en voor derden aanzienlijk minder moeilijkheden oplevert.

³ Deze opvatting is algemeen geldend: vgl. H.R. 17 febr. 1961, N.J. 1961 no. 177, Pitlo supplement p. 34 (implicite), Polak p. 41, Van der Ploeg in antw. op Rv. I in W.P.N.R. 4462 en De Bruijn p. 137. Anders: Hoevers in W.P.N.R. 4460, vgl. ook Asser-Scholten-Wiarda p. 248.

op maken¹. Dit moet inhouden, dat regelingen die tegen dit beginsel indruisen aan nietigheid lijden. Partijen overschrijden daarvoor hun bevoegdheid, die de wetgever i.c. heeft beperkt. Voor een relativering der nietigheid in der voege, dat derden zich hierop zouden moeten *beroepen*, zie ik geen reden. Zij zou slechts nieuwe onzekerheden scheppen.

Nietig is echter slechts datgene, wat de wetgever in het belang van derden wil keren, derhalve het extern-zakenrechtelijk gevolg van het overeengekomene.

Geenszins echter behoeft op zich met nietigheid te worden getroffen het intern-obligatoire rechtsgevolg der overeenkomst tussen partijen. Op deze wijze ontstaat een variant op de leer der gedeeltelijke nietigheid², die is neergelegd in art. 3.2.9 van het Ontwerp-B.W., luidende: „Betreft een grond van nietigheid slechts *een deel van een rechtshandeling*, dan blijft deze voor het *overige deel* in stand, voorzover dit, gelet op de inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbrekelijk verband met het nietige deel staat”.

In het hier besproken probleem gaat het echter niet om een partiële nietigheid der overeenkomst, doch om een slechts ten dele intreden der beoogde rechtsgevolgen. Dit betekent nu, dat wij ons i.c. zullen moeten afvragen, nu het mede beoogde zakenrechtelijk gevolg niet bereikt wordt, of partijen het wel bereikbare – obligatoire – rechtsgevolg tussen hen beiden nog wel geacht moeten worden te hebben gewild. Deze vraag is van feitelijke aard, doch ik meen, dat zij in de meeste gevallen bevestigend zal moeten worden beantwoord. Het gevolg zal dan zijn, dat de echtgenoten tus-

¹ Soms wordt het voorgesteld alsof de invoering der algehele gemeenschap van goederen staande huwelijk in feite wel terugwerkende kracht inhoudt, daar het geen verschil zou maken of deze gemeenschap reeds vanaf de huwelijksvoltrekking dan wel eerst thans wordt ingevoerd, nu toch beide vermogens samenvloeien, aldus De Bruijn p. 135. Behalve dat tussen beide figuren belangrijke verschillen bestaan m.b.t. de geldigheid der vóór de wijziging verrichte beschikkingsdaden, zie ik echter nog een markant onderscheid, indien het een tweede huwelijk van een der echtgenoten betreft en het geoorloofd voordeel cf. art. 236 e.v. moet worden berekend. Een voorbeeld moge dit verduidelijken.

A (hertrouwde) bracht aan f 500 000 —, B f 100 000 —, partijen sluiten iedere gemeenschap uit, doch voeren staande huwelijk de wettelijke gemeenschap in. Alsdan is aanwezig f 920 000 —, waarin begrepen f 320 000 — tot dusver gemaakte winst (waarvan zijdens A f 300 000 — en zijdens B f 20 000 — ontstaan). Bij de ontbinding van het huwelijk is dit vermogen nog onveranderd. B mag nu ontvangen f 120 000 — (aanbreng) + $\frac{1}{2} \times f 800 000$ — (boedel A) = f 320 000 —.

Bestond de wettelijke gemeenschap echter van de aanvang af, dan zou B mogen hebben ontvangen f 100.000 — (aanbreng) + f 160.000 — (halve winst) + $\frac{1}{2} \times f 660 000$ — (boedel A) = f 425 000 —.

Het was dit aspect, dat kennelijk requestant tot een cassatiepoging bewoog in de procedure leidende tot H.R. 17 febr. 1961, N.J. 1961 no. 177.

² Reeds geruime tijd werd deze leer door de jurisprudentie voor obligatoire overeenkomsten aanvaard, vgl. H.R. 14 maart 1929, N.J. 1929 p. 1382 m.o.v. Meijers, H.R. 20 mei 1938, N.J. 1939 no. 94 m.o.v. Scholten, H.R. 18 april 1941, N.J. 1941 no. 940 m.o.v. Meijers.

sen elkander tenslotte zodanig zullen moeten afrekenen, dat een uitkomst wordt bereikt, die economisch gelijk is aan het resultaat, dat het niet bereikte zakenrechtelijk statuut zou hebben opgeleverd.

Langs deze weg wordt eenzelfde conclusie gevonden, als die waartoe de in het conversie-arrest gelanceerde opvatting voert¹.

Moeilijkheden levert thans nog de vraag, hoe de nietigheid in concreto moet worden opgevat, indien een verboden voorwaardelijk stelsel of een stelsel onder tijdsbepaling is overeengekomen.

Doorgaans wordt aangenomen, dat in plaats van het voorwaardelijk stelsel de wettelijke gemeenschap intreedt², terwijl een tijdsbepaling nietig wordt geacht, zodat een stelsel onder aanvangstermijn terstond intreedt en een stelsel onder eindtermijn onbeperkte gelding verkrijgt. Geheel bevredigend is deze tegenstelling niet. Liever zou ik op het voetspoor van art. 196 Ontwerp-Donner aanvaarden, dat stelsels onder voorwaarde of tijdsbepaling verboden zijn, met dien verstande, dat het door partijen aldus beoogde stelsel niet intreedt en derhalve de wettelijke gemeenschap zal gelden³.

Komen partijen een verboden regeling *staande huwelijk* overeen, dan zal in gelijke zin moeten worden beslist met dien verstande echter, dat in plaats van de verboden regeling het tevoren tussen hen vigerende stelsel zal blijven gelden. Dit laatste kan de wettelijke gemeenschap doch evenzeer een, reeds eerder op geldige wijze aangegaan, contractueel stelsel zijn.

Tussen partijen zal evenwel doorgaans de extern-nietige regeling interne obligatoire gelding hebben en als verrekeningsbeding blijven voortbestaan. Gelijk in § 1 reeds werd opgemerkt, is dit echter evenzeer een regeling van huwelijksvoorwaarden, die staande huwelijk onder art. 204 valt. Door de werking van dit voorschrift zullen overigens huwelijksvoorwaarden, waarin tijdelijke of voorwaardelijke stelsels zijn opgenomen, verhinderd kunnen worden,

¹ Het verschil is m.i. slechts, dat de H.R. uitgaat van een „nietige rechtshandeling”, die „de bestanddelen van een andere rechtshandeling ... in zich bevat” en daarom in deze laatste geconverteerd wordt. Deze andere rechtshandeling wordt aldus *geacht* te zijn gewild, terwijl m.i. partijen, die huwelijksvoorwaarden maken, *rechtstreeks* twee rechtsgevolgen beogen: 1. de werking tegen derden in zakenrechtelijke zin; 2. een bepaald intern economisch resultaat, dat ook op obligatoire wijze kan worden bereikt. Is het eerste onbereikbaar, dan resteert het tweede rechtsgevolg.

De conversie-leer heeft intussen na enige aanvankelijke bestrijding veel bijval gevonden; vgl. De Grooth W.P.N.R. 3873/74 en 3897/99, Van der Grinten N.J.B. 1944, p. 155, Eggens W.P.N.R. 3951/52. Voor verdere literatuur zij verwezen naar Asser-Scholten-Wiarda p. 251 en Asser-Rutten III .2 (p. 391-397).

² Aldus het conversie-arrest.

³ Vgl. hierover De Bruijn p. 132 en in W.P.N.R. 3892, die het stelsel wil aanvaarden, dat het meest overeenkomt met de bedoelingen van partijen. M.i. wordt aldus voor derden nog grotere rechtsonzekerheid geschapen.

daar m.i. de rechterlijke goedkeuring daaraan behoort te worden onthouden, hoezeer ook aan deze regeling obligatoire betekenis zou moeten worden toegekend. Anderzijds bedenke men, dat al zou de rechterlijke goedkeuring op een zodanig verboden stelsel worden verkregen, de externe nietigheid hierdoor geenzins wordt opgeheven.

Wie anders leert, miskent m.i. het karakter dezer rechterlijke contrôle, die slechts een beperkte – preventieve – functie heeft¹.

Ook de ontoelaatbare toekenning van externe terugwerkende kracht aan huwelijksvoorwaarden zal als afrekeningsbeding obligatoir geldig zijn. Wil men echter hierop de rechterlijke goedkeuring van art. 204 verwerven, dan zal men dit m.i. duidelijk als een zodanig beding moeten formuleren².

§ 6. *Bewijs van aanbreng en latere verkrijgingen (art. 205)*

Het gemoderniseerde huwelijksvermogensrecht heeft in de tot 1 januari 1957 bestaan hebbende bewijsvoorschriften in hoofdzaak de navolgende wijzigingen gebracht³:

1. De in het oude recht over de artt. 205 en 220 (oud) verspreide bewijsvoorschriften betreffende aanbrengsten ten huwelijk zijn geconcentreerd in art. 205 (lid 1).
2. De vroegere voorschriften waren onvolledig, daar zij zich met betrekking tot het bewijs van verkrijgingen staande huwelijk beperkten tot de verkrijging door erfenis, legaat of schenking bij de gemeenschappen van winst en verlies c.q. vruchten en inkomsten (art. 221 oud); thans is opgenomen een algemene bewijsregel betreffende alle latere privé-verkrijgingen, ongeacht het geldende goederenstelsel (art. 205 lid 2).
3. De vermogensrechtelijke gelijkstelling der echtgenoten bracht hier voor de gehuwde vrouw de consequentie mede, dat de onder de oude wet te haren gunste bestaande bewijsfaciliteiten (art. 221 lid 3 oud) zijn komen te vervallen.
4. Tenslotte heeft de nieuwe wet haar regeling afgerond door de invoering van het novum, dat een wettelijk vermoeden van gemeen zijn is ingevoerd betreffende goederen, waarop geen van beide echtgenoten zijn recht kan bewijzen.

De bewijsvoorschriften van art. 205 beperken zich tot „roerende goederen die niet tot de gemeenschap behoren, met uitzondering van teboekgestelde schepen en van inschrijvingen op het

¹ Cf Polak in W P N R 4594.

² Een fraai voorbeeld hiervan vindt men in H R. 17 febr. 1961, N.J. 1961 no. 177, waar requestanten vergeefs op een uitdrukkelijke clause, inhoudende de externe terugwerking van het nieuwe stelsel, de goedkeuring trachtten te verwerven en, uiteraard eveneens zonder succes, in cassatie aanvoerden, dat in de litigieuze clause door het Hof een zodanig geldig intern afrekeningsbeding had behoren te worden gelezen.

³ De regeling stemt overeen met de artt. 1819 en 1810 Ontwerp-Meyers en Nieuw B W ; vgl. over de tekst der bepaling in de voorafgaande ontwerpen: Asser-Scholten-Wiarda p. 262.

grootboek der nationale schuld en andere op naam staande effecten en in schulden".

Uit het laatste deel dezer uitzondering kan men afleiden, dat de wetgever ook in beginsel het oog heeft op onlichamelijke roerende zaken. De uitzondering is overigens iets uitgebreid in vergelijking met het vroegere recht door de vermelding der teboekgestelde schepen. Men kan zich afvragen waarom niet de gelegenheid is aangegrepen om *alle* ten name staande roerende zaken uit te zonderen en op deze wijze enigermate aansluiting te vinden aan het komende recht, waarin art. 1.8 1.9 alle „registergoederen" uitzondert. Ondanks deze onvolkomenheid zal men m.i. toch – op grond der reeds onder het oude recht¹ aanvaarde interpretatie – de wet in deze zin mogen uitleggen². Ik kan niet inzien, dat bv. voor een ten huwelijk aangebracht octrooi of auteursrecht het bewijsvoorschrift van art. 205 lid 1 zou moeten gelden. Gezien de aan de niet-vermelding verbonden sanctie zal het echter in de notariële praktijk aanbeveling verdienen een voorzichtig standpunt in te nemen. De aanbreng van niet onder art. 205 vallende goederen kan met alle middelen worden bewezen door het feit der verkrijging aan te tonen.

De aanbreng van in art. 205 lid 1 bedoelde goederen kan slechts worden bewezen door hun vermelding bij huwelijksvoorwaarden of door een beschrijving, die door de notaris en de partijen is ondertekend en is vastgehecht aan de minuut der huwelijksvoorwaarden (art. 205 lid 1).

Reeds deze tekst maakt duidelijk, dat het hier om een bewijsvoorschrift gaat, zodat, indien tussen partijen de aanbreng ten huwelijk door een hunner van een bepaald goed onbetwist vaststaat, het voorschrift buiten toepassing blijft, ook wanneer het niet mocht zijn nageleefd³. Dit beduidt voorts, dat indien tussen partijen deze aanbreng wel ten processe in discussie wordt gesteld, doch de wederpartij van degene die de aanbreng pretendeert een bekentenis aflegt of verstek laat gaan, het feit der aanbreng eveneens komt vast te staan⁴. Ook de beslissende eed zal hier toegelaten zijn, echter niet het bewijs door getuigen (vgl. art. 1939 lid 1) of door vermoedens (vgl. art. 1959) en evenmin een aanvullende eed (vgl. art. 1978). Een derde is aan de vaststelling tussen echtgenoten niet gebonden en zal bewijs door akte of beschrijving kunnen verlangen.

Tenslotte brengt de aard van het voorschrift de mogelijkheid der hierna te bespreken bewijsovereenkomsten mede.

Thans dient te worden bepaald in welke gevallen het eerste lid

¹ Vgl. Klaassen-Eggens-Polak p. 79/80, Suyling VII no. 189, Asser-Scholten I p. 182 en 189.

² Vgl. Pitlo supplement p. 35, anders m.i. Asser-Scholten-Wiarda p. 263.

³ Dit werd reeds voor het oude recht aanvaard, vgl. Klaassen-Eggens-Polak p. 82, Pitlo-Meijling I p. 206. Zie voor het huidige art. 205 De Bruijn p. 410.

⁴ Vgl. H.R. 7 nov. 1913, W. 9588.

toepassing vindt. Onder het vroegere recht waren in de artt. 205 (oud) en 220 (oud) de drie stelsels genoemd, waarop het voorschrift betrekking had, terwijl het uitsluitend om de aanbreng ten huwelijk kon gaan.

Bij de nu geldende bepaling gaat het vooreerst echter om iedere aanbreng ten huwelijk van goederen „die niet tot de gemeenschap behoren”. Wanneer nu deze uitsluiting der gemeenschap een gevolg is van het door partijen zelf bij huwelijksvoorwaarden overeengekomen stelsel, is er geen moeilijkheid. Evenmin zijn er moeilijkheden, indien deze uitsluiting het gevolg is van een beding als bedoeld in art. 175 lid 1 (slot), dat verbonden is aan een schenking in de zin van art. 231, indien deze plaats vindt bij de huwelijksvoorwaarden die de begiftigde aangaat.

Netelige vragen ontstaan eerst, indien een aanstaande echtgenoot in art. 205 lid 1 bedoelde goederen ten huwelijk aanbrengt, die hij reeds had verkregen bij erfenis, legaat of schenking onder bovenbedoeld beding, terwijl hij en zijn aanstaande echtgenoot niet van zins zijn huwelijksvoorwaarden te maken. Aan art. 205 lid 1 kan nu immers niet worden voldaan, terwijl toch het voorschrift naar de letter dit geval niet uitsluit. Het komt mij voor, dat een redelijke wetsuitleg echter medebrengt, dat – nu de wetgever deze casus kennelijk over het hoofd heeft gezien – art. 205 lid 1 op deze aanbreng geen toepassing vindt.

Voorts heeft de wetgever van 1956 bij de vaststelling van de bewijsregel onvoldoende aandacht geschonken aan de consequenties van de wijziging in het onveranderlijkheidsprincipe. Indien partijen immers staande huwelijk, in overeenstemming met de door art. 204 gestelde eisen, overgaan tot opheffing van enige vorm van tot nu toe tussen hen bestaande gemeenschap, wordt door het nieuwe stelsel de bestaande gemeenschap ontbonden. Bevatte deze in art. 205 lid 1 bedoelde goederen, dan brengen partijen tot het nieuwe régime hun door de gemeenschapsontbinding ontstane onverdeelde aandelen in deze goederen aan en ontstaat aldus het probleem of ook deze aanbreng bedoeld is in art. 205 lid 1. Het komt mij voor, dat deze situatie inderdaad onder de werking van het voorschrift behoort te vallen, zoal niet krachtens de letter dan toch overeenkomstig de ratio legis der bepaling, zodat een omschrijving moet volgen, die aan de eisen der wet behoort te voldoen. Daarmede kan evenwel nog niet uit de akte van huwelijksvoorwaarden worden gelezen, welke goederen uit de ontbonden gemeenschap aan ieder der echtgenoten zijn toegefallen. Dit wordt eerst door de scheiding en deling – met terugwerkende kracht tot de dag der ontbinding – aangewezen. Niet noodzakelijk doch wel praktisch is het daarom de scheiding en deling in de akte van huwelijksvoorwaarden op te nemen. Deze scheiding zelf is – gelijk opgemerkt – geen deel der huwelijksvoorwaarden¹.

¹ Vgl. hieromtrent Polak p. 36, Rombach en De Vries p. 5, Van der Ploeg in antw. op Rvr. I in W.P.N.R. 4462 en De Bruijn p. 414.

De aanbreng kan slechts worden bewezen door *vermelding* der goederen bij huwelijksvoorwaarden of door bovengenoemde aan de minuut te hechten *beschrijving*. Omtrent de wijze waarop deze vermelding of beschrijving moet plaats hebben bestaat in het geldende recht geen aanleiding de onder het vroegere recht vrijwel algemeen aanvaarde interpretatie te herzien.

Het feit, dat het mede in art. 205 lid 1 opgegeane art. 220 (oud) iets duidelijker sprak van een „uitdrukkelijk opgeven in de huwelijksche voorwaarden zelfve of wel in een beschrijving”, mag hieraan m.i. niets afdoen.

Volgens de heersende mening in doctrine en jurisprudentie dient onder „vermelding” en „beschrijving” een *specifieke* omschrijving te worden verstaan¹. Vooral de jurisprudentie stelt soms in concreto zeer strenge eisen; een sprekend voorbeeld hiervan leverde op het vonnis der Zwolse Rechtbank d.d. 11 april 1956, waarin ten aanzien van aangebrachte Perzische tapijten vermelding van afmetingen en kleuren, soort en patroon en betreffende zilverwerk opgave van gewicht en zilvermerken werd verlangd. Ook het Amsterdamse arrest (30 januari 1953) is zeer nadrukkelijk, als daarin wordt overwogen, dat de notaris –daargelaten welke de notariële praktijk in deze ook zij – een behoorlijke specificatie moet eisen.

Deze tussenvoeging refereert aan een zekere mate van spanning, die in deze materie bestaat tussen de eisen der jurisprudentie en de mogelijkheden der notariële praktijk. Erkend moet worden, dat het voor de notaris vaak zeer moeilijk is de op dit terrein bestaande laksheid van het publiek te doorbreken en zijn cliënten te overtuigen van de noodzaak der gespecificeerde opgave. Het is nu eenmaal zo, dat huwelijksvoorwaarden doorgaans niet worden gemaakt uit eigen innerlijke overtuiging van hun nut, doch veelal op aansporing van bezorgde ouders, hetgeen maar al te vaak mede brengt, dat men zich eerst in laatste instantie tot de notaris wendt.

Niettemin zal deze zich behoren in te spannen om aan de jurisprudentiële uitleg van de vermeldingseis te voldoen². Het gaat hier om een zodanige omschrijving, dat de aangebrachte goederen aan de hand der akte herkenbaar zijn³. Dit is van groot belang in

¹ Aldus o.a. H.R. 13 nov. 1868, W. 3058; H.R. 5 maart 1886, W. 5306; H.R. 8 dec. 1892, W. 6280 en van de meer recente uitspraken: Rb. 's-Gravenhage 2 jan. 1950, N.J. 1950 no. 481, Rb. 's-Gravenhage 17 dec. 1952, N.J. 1953 no. 383, Hof Amsterdam 30 januari 1953, N.J. 1953 no. 522 en Rb. Zwolle 11 april 1956, N.J. 1957 no. 578. In gelijke zin: Asser-Scholten-Wiarda p. 263, Klaassen-Eggen-Polak p. 83 en De Bruijn p. 410.

Het Nieuw B.W. art. 1.8.1.9 had m.i. de eis der specificatie duidelijker kunnen stellen.

² Vgl. betreffende zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid bij het ontbreken van voldoende zorgvuldigheid in deze: H.R. 17 nov. 1932, N.J. 1933 p. 822.

³ Het evengenoemde arrest van het Hof Amsterdam zegt hierover: „dat die beschrijving zodanig moet zijn, dat ... door een eenvoudige vergelijking der aanwezige goederen met de beschrijving ... kan worden vastgesteld, welke goederen ... zijn aangebracht.”

conflictssituaties, die ontstaan bij echtscheiding, faillissement etc. Bewijsrechtelijk staat immers de aanbrengrer tegenover de faillissementscurator van zijn echtgenoot in dezelfde positie als buiten faillissement tegenover de mede-echtgenoot zelf (art. 61 lid 2 F.W.).

Het komt dikwijls voor, dat een der echtgenoten een aandeel in een nog ongescheiden nalatenschap ten huwelijk aanbrengt. Behoren tot deze onverdeeldheid in art. 205 lid 1 bedoelde goederen, dan is de aanbrengrer genoopt deze op bovenbedoelde wijze specifiek te omschrijven¹. Vindt de scheiding later plaats, dan wordt de aanbrengrer geacht het hem toebedeelde reeds vóór het huwelijk te hebben verkregen (art. 1129). Komt eerst *staande* huwelijk vast te staan, dat een erfflater vóór het huwelijk van zijn erfgenaam is overleden, zodat laatstgenoemde in de door hem gemaakte huwelijksvoorwaarden niet aan art. 205 lid 1 kon voldoen, dan brengt een redelijke wetstoepassing mede het voorschrift terzijde te laten².

Ook ten aanzien van een aangebracht aandeel in een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap zal een voorzichtig notaris naar een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving streven. Ik geef er mij volledig rekenschap van, dat het doorgaans niet gelukt aan de aanbrengrer-vennoot iets meer dan een copie der laatste balans te ontlokken. Gezien de strenge eisen der jurisprudentie zal het voor de notaris dan echter gewenst zijn vast te stellen, dat hij hiervoor geen verantwoordelijkheid kan dragen. De problemen zijn echter aanzienlijk geringer, indien men de op p. 82 vermelde heersende leer i.c. volgt.

Persoonlijk ben ik overigens van mening, dat men met de eis der specificatie in deze gevallen wel wat ver gaat. Hoe stelt men zich deze eigenlijk voor m.b.t. bedrijfsvoorraden etc.? Ook zie ik niet goed welk bezwaar er zou kunnen bestaan tegen verwijzing in de huwelijksvoorwaarden naar een recente notariële akte van boedelbeschrijving ener nalatenschap, waarin een nauwkeurige omschrijving der daartoe behorende roerende goederen is opgenomen³. Een zodanige verwijzing kan toch zeer goed als een „vermelding” in de zin van art. 205 lid 1 worden opgevat⁴.

¹ Aldus ook H.R. 8 dec. 1892, W. 6280, De Bruijn p. 413, Pitlo-Meijling I p. 229; anders: Rb. Arnhem 5 april 1900, W. 7450.

² Op grond van zijn bijzondere leer, dat het erfdeel een eenheid vormt en een onlichamelijke zaak is, acht Klaassen-Eggens-Polak p. 80 geen omschrijving nodig.

³ Aldus ook Rb. Zwolle 11 april 1956, N.J. 1957 no. 578.

⁴ In deze geest reeds Suijling VII no. 189, p. 307 noot 3. Vgl. H.R. 8 dec. 1892, W. 6280.

⁵ Ligt hier geen analogie met een andere rechtsfiguur, nl. de opvatting, dat een grosse ener authentieke akte de verbintenis bewijst, indien zij de weg aan geeft, waarlangs deze bindend kan worden vastgesteld?

Vgl. H.R. 24 jan. 1935, N.J. 1935 p. 498 m.o.v. Scholten.

Tenslotte zou ik willen bepleiten, dat een toedeling van roerende goederen uit een reeds vóór het huwelijk bestaande onverdeeldheid als een verkrijging staande huwelijk kan worden opgevat, die met alle middelen mag worden bewezen. De fictie van art. 1129 is verouderd: in het komende recht (vgl. art. 3.7.1.14 van het Ontwerp-B.W.) zal zij verdwijnen. Ik geloof, dat geen ernstige nadelen aan deze consequentie voor de regel van art. 205 lid 1 zouden zijn verbonden. De spanning tussen jurisprudentie en rechtspraktijk zou verminderen; de eerbied voor een wetsregel, die thans maar al te vaak niet wordt (c.q. kan worden) nageleefd, zou erdoor worden verhoogd.

Voldoet de omschrijving niet aan de gestelde eisen, dan zal de aanbrengrer het door de wet gevorderde bewijs niet kunnen leveren. Aanvulling buiten de akte of de staat om is ongeoorloofd¹. Het gevolg zal zijn, dat bij geschil tussen de echtgenoten de bepaling van art. 205 lid 3 in werking treedt en de betrokken goederen als gemeenschapsgoed worden aangemerkt, wanneer tussen hen een gemeenschap bestaat, die deze goederen kan omvatten, terwijl bij het ontbreken van een zodanige gemeenschap de goederen geacht worden aan hen in vrije mede-eigendom, ieder voor de helft, toe te behoren.

Deze stringente consequentie wordt enigszins gemitigeerd door de aloude leer der „contractuele reprise”, die ook voor het thans geldende recht haar waarde behoudt. Deze leer² houdt in, dat een aanbreng van onvoldoende omschreven soortzaken, die echter gepaard is gegaan met vermelding van de waarde dier zaken ten tijde der aanbreng, resulteert in een recht op vergoeding ten behoeve van de aanbrengrer en ten laste der gemeenschap, waarin de aangebrachte goederen ex lege (art. 220 oud in fine) waren beland, ter grootte van het vermelde bedrag. Zij steunt n.m.m. implicite op de conversiegedachte, dat partijen geacht moeten worden dit gevolg te hebben gewild blijkens het feit, dat – onverplicht – een waarde-vermelding plaats vond. Bij aanbreng van contanten zal hetzelfde gelden, tenzij – hetgeen zich praktisch nimmer zal voordoen – individualisatie heeft plaats gehad door opname van de herkenninggegevens der betrokken betaalmiddelen.

Hoe te oordelen echter, indien tussen partijen geen gemeenschap bestaat, waarop de bedoelde reprise zou kunnen worden verhaald? Het komt mij voor, dat men hier bezwaarlijk zonder meer een „oneigenlijke reprise” kan aanvaarden³. M.i. zal op de

¹ Terecht wordt de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage d d 6 jan 1936, N J 1937 no 19, door de literatuur veroordeeld Vgl Klaassen-Eggens-Polak p 83 en De Bruijn p 411

² Zij werd aanvaard door H R 5 maart 1886, W 5306 en is daarna vrijwel algemeen gevolgd, vgl Klaassen-Eggens-Polak p 80, Pitlo-Meyling I p 205, Suyling VII no 65, Asser-Scholten-Wiarda p 263, Van der Ploeg W P N R 4243 (Rvr).

³ Vgl De Bruijn p 412

aanbrengende echtgenoot de bewijslast rusten, dat de aangebrachte waarde niet (geheel) aan hemzelf ten goede is gekomen. Beide echtgenoten zijn immers vermogensrechtelijk onafhankelijk en derhalve persoonlijk verantwoordelijk voor eigen gestes. Toont hij aan, dat het aangebrachte in het privé-vermogen van de andere echtgenoot is opgegaan, dan zal laatstgenoemde de in de huwelijksvoorwaarden vermelde waarde moeten vergoeden, tenzij hij bewijst, dat aan hem een mindere waarde is ten goede gekomen. Bewijst de aanbrengrer, dat het aangebrachte nog aanwezig is en zou de andere echtgenoot zich op het gemeenschappelijk zijn ex art. 205 lid 3 (in fine) beroepen, dan komt aan de aanbrengrer m.i. een vergoedingsrecht voor de helft toe jegens de andere echtgenoot. Dit zal tot het praktische gevolg leiden, dat het feit der aanbreng – ondanks de ontoereikende omschrijving – door de laatste zal worden erkend, indien de huidige waarde van het goed lager is dan de aanbrengwaarde.

Deze laatste opmerking zal ook gelden, indien tussen de echtgenoten een gecontracteerde vorm van gemeenschap bestaat, waartoe het onvoldoende omschreven goed – krachtens art. 205 lid 3 – is gaan behoren. In dit geval zal men echter ook aan de andere echtgenoot het recht moeten toekennen te bewijzen, dat het aangebrachte goed geheel of gedeeltelijk in het privé-vermogen van de aanbrengrer is opgegaan. De reden, dat ik in deze beide gevallen de bewijslast op tegengestelde wijze verdelen zou, is hierin gelegen, dat indien partijen een beperkte gemeenschap overeenkomen, zij daarmede m.i. tevens – ex contractu – een reprise/récompensestelsel aanvaarden en voor het onvoldoende aangeduide aangebrachte goed een reprise toekennen ten bedrage der vermelde waarde, terwijl bij uitsluiting van gemeenschap iedere vermogensverschuiving bewezen moet worden, wil zij op grond van het beginsel der ongegronde verrijking tot een restitutie aanleiding geven.

De akte van huwelijksvoorwaarden heeft formele en materiële bewijskracht ook ten aanzien van de vermelding der aanbrengsten¹. Hetzelfde zal gelden voor de aan de akte te hechten beschrijving, die door notaris en partijen wordt ondertekend, hoewel dit stuk m.i. een onderhandse akte is, waarop de vormvoorschriften der Notariswet geen toepassing vinden. De betekenis van de mede-ondertekening door de notaris is, dat de handtekeningen van partijen en daarmede hun verklaringen komen vast te staan, zodat het bepaalde in art. 1912 zal gelden. Ook de dagtekening staat vast (art. 1917).

¹ Juist voor deze vermelding werd door de H. R. voor de eerste maal de materiële bewijskracht der authentieke akte erkend bij arrest van 4 jan. 1918, N. J. 1918 p. 248, bevestigd in een constante jurisprudentie blijkens H. R. 16 nov. 1922, N. J. 1923 p. 139, H. R. 3 maart 1927, N. J. 1927 p. 667 en H. R. 28 maart 1930, N. J. 1930 p. 1322.

De akte of beschrijving levert derhalve tussen partijen en hun rechtverkrijgenden verplicht volledig bewijs op van het feit der aanbrengrsten (art. 1907), hetgeen echter de mogelijkheid van materieel tegenbewijs – geheel vrij sinds de afschaffing van art. 1934 bij de Wet van 2 juli 1934 S. 347 – niet uitsluit. De vermelding der aanbrengrsten heeft bovendien een zeer bijzondere bewijskracht. Heeft immers een authentieke akte *tegen derden* slechts de materiële bewijskracht, die de rechter daaraan zal menen te mogen toekennen, m.a.w. vrije bewijskracht, op historische gronden¹ moet worden aangenomen, dat de akte of de beschrijving met betrekking tot de vermelding der aanbrengrsten eveneens verplicht-volledige bewijskracht heeft tegen derden. Ook de Lex Van Oven heeft in dit stelsel geen wijziging gebracht, hoewel ook hier uitdrukkelijke vastlegging dezer toch opmerkelijke inbreuk op algemene regels m.i., noch de Lex Van Oven, noch het Nieuw B.W. art. 1.8.1.9 zou hebben ontsierd.

Zowel de echtgenoten zelf, als hun rechtverkrijgenden, de failissementscurator van een hunner, als individuele derden, die daarbij belang hebben, kunnen tegen de verklaring betreffende de aanbrengrst tegenbewijs leveren. Deze mogelijkheid is niet van belang ontbloomt als wij bedenken, dat bij het publiek soms de neiging bestaat aan één der echtgenoten – veelal de man – toebehorende goederen als aanbrengrst van de andere echtgenoot te doen vermelden teneinde deze aan mogelijk toekomstig verhaal te onttrekken. Deze vermelding is onwaar en kan door tegenbewijs worden ontzenuwd; het verweer, dat uit deze vermelding een schenking van het aangebrachte moet worden afgeleid, faalt. Deze enkele verklaring kan de door de wet – i.c. meestal art. 1724 – geëiste levering niet vervangen, terwijl evenmin in deze handelwijze een gift terzake des huwelijks (art. 224) mag worden gezien, daar deze m.i., althans van de zijde van de schenker, een uit de akte blijkende *uitdrukkelijke* wilsverklaring vereist (art. 225 a contrario)².

De aard van art. 205 als bewijsvoorschrift zou i.h.a. ook de mogelijkheid van bewijsovereenkomsten tussen (aanstaande) echtgenoten impliceren. Deze soort overeenkomsten kunnen zo-

¹ Nl de nimmer verlaten regel, die in Ontwerp 1820 art. 391 werd geformuleerd „De inventarissen van de aangebrachte en buiten de gemeenschap gehouden goederen . . . bewijzen tegen de schuldeischers, tot zoolang dezen niet de ondeugdelijkheid daarvan kunnen aantoonen”

Vgl. noot Scholten onder H R 31 maart 1933, W 12601, N J. 1933 p 1333; Asser-Scholten-Wiarda p 265, Hof Amsterdam 15 maart 1933, W 12617

Zie echter ook de bijzondere opvatting van Suyling VII no 185

² Cf. Klaassen-Eggens-Polak p 106, Pitlo-Meijling I p 206, Veegens-Pitlo I p. 221, Asser-Scholten-Wiarda p 265, vgl. ook Boekwinkel in W P N R 4225 („Terugvordering tussen ex-verloofden”, noot 15) en Meijers in Ars Aequi 1953/54 p 30

Anders. Scholten in het onderschrift onder H R 3 maart 1927, N J 1927 p 667

wel betrekking hebben op de soort der aan te wenden bewijsmiddelen – hetgeen zowel een beperking als een uitbreiding der in de wet genoemde bewijsmiddelen kan inhouden – als op de verdeling der bewijslast. De vraag is nu of de algemene rechtsopvattingen betreffende deze soort van overeenkomsten zich zonder meer voor transplantatie op het terrein van art. 205 lenen.

Vooropgesteld zij, dat ik – gelijk reeds opgemerkt – in een publiekrechtelijke inslag van het huwelijksvermogensrecht niet geloof¹.

Twee andere factoren spelen echter een rol bij de bepaling van het antwoord op de gestelde vraag, en wel:

- a. de in afwijking van het gewone recht (art. 1907) hier erkende bewijskracht der aanbrengstvermelding tegen derden;
- b. het feit, dat de wet het bewijs van aanbrengst van goederen (lid 1) aan slechts één bewijsmiddel heeft gebonden, terwijl daarentegen het bewijs van latere verkrijgingen (lid 2) met alle middelen kan worden geleverd².

Naar ik meen is de conclusie, die uit het eerste feit getrokken mag worden, het duidelijkst; deze exclusieve werking, die in het belang der echtgenoten bestaat, kunnen zij niet naar welgevallen uitbreiden door derden mede te binden aan afspraken, waarbij zij elkaar van de bewijslast betreffende aanbrengsten ontheffen of waarin zij onderling andere bewijsmiddelen dan het wettelijke overeenkomen. Evenmin zullen bewijsovereenkomsten betreffende de in lid 2 bedoelde latere verkrijgingen aan derden kunnen worden tegengeworpen. Tegen dit alles verzet zich de regel van art. 1376, die, hoezeer ook naar de letter slechts voor obligatoire overeenkomsten geschreven, m.i. toch ook op deze soort van overeenkomsten toepassing vindt. Tegen de werking ener bewijsovereenkomst betreffende de aanbreng ten huwelijk pleit echter ook de wettelijke betekenis van het schriftelijk bewijs, die beperkt is tot partijen en hun rechtverkrijgenden (artt. 1907 en 1912). Derden zullen dus van de echtgenoot hetzelfde bewijs kunnen verlangen, dat geleverd zou moeten worden als geen bewijsovereenkomst bestond³.

¹ Anders Klaassen-Eggers t/m 7de druk, die op grond hiervan bewijsovereenkomsten bij huwelijksvoorwaarden afwees. Als deze, echter op andere gronden, Hof Leeuwarden 9 maart 1932, N J 1933 p 229

² Behoudens het bepaalde in art 61 F W

³ Aldus thans vrijwel de gehele rechtsleer na H.R. 31 maart 1933, N J 1933 p 1333, J E Polak in W P N R 3351, Van Oven in W P N R 3416 e.v., Suyling VII nos 127, 196 en 219, Pitlo-Meijling I p 210 e.v., Veegens-Pitlo I 222 en 225, De Bruijn p 429, Asser-Scholten-Wiarda p 266, Van Brakel, praeadvies Broederschap Not 1935 p 171, alsmede. Rb 's-Gravenhage 2 jan 1950, N J 1950 no 481, hoewel de motivering niet steeds gelijk is

In zijn noot onder gemeld arrest stemde ook Scholten met de uitspraak van de H R in, echter niet op grond van art 1376 waarop het arrest steunde, doch krachtens art 1907, aldus ook Asser-Scholten-Wiarda en Pitlo-Meijling t a p

Een afwijkende opvatting gaven De Lange in W P N R. 3346 en Lubbers, praeadvies Broederschap Not 1935 p 209

Wat de werking van de bewijsovereenkomsten in de huwelijksvoorwaarden *tussen partijen* en hun rechtverkrijgenden betreft¹, zou men m.i. mogen stellen, dat uit het tweede genoemde feit volgt, dat partijen het bewijs der aanbrengsten niet aan andere middelen mogen binden dan art. 205 lid 1 noemt. Zij zouden dus bv. niet mogen overeenkomen, dat het bewijs der aanbreng ook door getuigen of niet in de wet genoemde geschriften mag worden geleverd. Evenmin zouden zij mogen afspreken, dat in plaats van het door de wet gevorderde bewijsmiddel een ander middel zal gelden.

Deze beperking der partij-autonomie zou evenwel niet bestaan t.a.v. het bewijs van latere verkrijgingen, waar de wet in art. 205 lid 2 partijen geheel vrijlaat. De Hoge Raad heeft echter in na te noemen arrest n.m.m. beslist, dat art. 205 (oud) – thans art. 205 lid 1 – tussen partijen slechts van aanvullend recht is, zodat tussen hen alle soorten van bewijsovereenkomsten verbindend zijn.

Overigens dient te worden bedacht, dat de beide genoemde regels bewijsvoorschriften zijn, die derhalve blijven sluimeren, indien partijen aan bewijsvoering niet toekomen. Hieruit volgde reeds, dat deze regels buiten toepassing blijven, zodra het feit der aanbrengst of latere verkrijging wordt erkend of niet wordt betwist. Thans kan worden geconcludeerd, dat hetgeen i.c. aan partijen achteraf en in concrete vrijstaat, ook door hen bij voorbaat en in abstracto mag worden overeengekomen. Dit betekent met name, dat zij bij huwelijksvoorwaarden een hunner mogen ontslaan van de bewijslast, die naar de wettelijke regeling op hem zou rusten. Op twee beperkingen zou ik echter willen wijzen. Voor eerst op het feit, dat het m.i. met de aard ener bewijsovereenkomst onverenigbaar is, indien daarbij het tegenbewijs zou worden uitgesloten, zodat zij m.i. niet aan de wederpartij van degene, die van de bewijslast wordt ontslagen, het recht op het leveren van tegenbewijs kan ontnemen². Vervolgens verdient het aandacht, dat partijen door een bewijsovereenkomst aan te gaan hun ware bedoelingen zouden kunnen verhullen, nl. om daardoor op eenvoudige wijze door de wet verboden vermogensverschuivingen (artt. 1503 en 1715) te kunnen uitvoeren, wanneer hun zulks te pas zou komen. Wordt een dergelijke bedoeling aangetoond, dan mist de bewijsovereenkomst een geoorloofde oorzaak³. Met inachtneming van het bovenstaande zou ik de thans heersende leer⁴, die tussen partijen de geldigheid van bewijsovereenkomsten in

¹ Men lette er op, dat door enkele auteurs een crediteur, die beslag heeft gelegd, als een rechtverkrijgende wordt beschouwd. Vgl. Eggens in W P N R 3267, De Lange in W P N R 3346 en Lubbers prae-advies Broederschap Not 1935 p 193 e v.

² Vgl. Asser-Anema-Verdam V p 59.

³ Aldus implicite H R 26 nov 1954, N J 1955 no 681, m o v Veegens.

⁴ H R 26 nov 1954, Asser-Scholten-Wiarda p 266 en De Bruijn p. 422 e v, waarin een uitvoerige bespreking der jurisprudentie. Ook moge verwezen worden naar de annotatie van Petit van het arrest van 1954 in Ars Aequi 1954/55 p 116–121, waarin een volledig overzicht van literatuur en jurisprudentie wordt gegeven.

huwelijksvoorwaarden aanneemt, willen onderschrijven. De conclusie uit dit alles is, dat deze overeenkomsten relativiteit van verhoudingen tengevolge kunnen hebben.

Naast de bewijsovereenkomst staat de zgn. vaststellingsovereenkomst, die materieelrechtelijk van inhoud is en die beoogt tussen partijen onzekerheden op te heffen in een tussen hen bestaande vermogensrechtelijke relatie. Over deze figuur bestaat overigens nog veel onzekerheid. Met name wordt o.a. wel betwijfeld of men bij huwelijksvoorwaarden reeds bij voorbaat onzekerheden zou kunnen regelen, die betreffende de eigendom van later aanwezige zaken zouden kunnen rijzen en hieraan de kracht van een vaststellingsovereenkomst zou kunnen geven¹. Indien toekomstige zaken het onderwerp van een obligatoire overeenkomst kunnen uitmaken (art. 1370), zie ik geen belemmeringen om toekomstige onzekerheden als object ener vaststellingsovereenkomst te accepteren, mits zij voldoende bepaald zijn.

De vaststellingsovereenkomst verschilt van de bewijsovereenkomst door haar materieelrechtelijk karakter. Bestaat tussen partijen geen verschil van mening, dan komen vragen van bewijs – en derhalve ook een bewijsovereenkomst – niet aan de orde. De inhoud ener vaststellingsovereenkomst kunnen zij echter niet negeren, want deze heeft de rechtstoestand bindend tussen hen bepaald. Als punt van overeenkomst geldt, dat ook de vaststellingsovereenkomst niet tegen derden kan werken. Kan men dus zeggen, dat zowel de vaststellingsovereenkomst als de bewijsovereenkomst tot het concrete resultaat kan leiden, dat een echtgenoot als eigenaar wordt aangemerkt van goederen, waarvan hij naar de regels van het zakenrecht geen eigenaar zou zijn, derden zullen steeds van de echtgenoten bewijs van eigendom kunnen verlangen alsof er van een vaststellings- c.q. bewijsovereenkomst geen sprake was.

Het in bijna iedere akte van huwelijksvoorwaarden voorkomende „klerenbeding”² kan zowel als bewijsovereenkomst als in de vorm van een vaststellingsovereenkomst worden geredigeerd. Ook in de laatste vorm is het door de jurisprudentie erkend³. Ik vraag mij overigens af, wanneer men een bewijsovereenkomst mogelijk acht met uitsluiting van tegenbewijs, of het verschil met de vaststellingsovereenkomst nog wel zichtbaar blijft. Men vervalt dan in zeer subtiele nuanceringen, waarvan het de vraag is of partijen daaraan wel enige betekenis hebben willen hechten⁴.

¹ Vgl. Boon, „De vaststellingsovereenkomst”, ac proefschr. Leiden 1945.

² Vgl. hieromtrent o.a. Melis in W P N R. 3878, Schermer-Mijs p. 184 en Schermer-Bothlingk I p. 285.

³ Zie H R. 20 dec. 1957, N J. 1958, no. 51, waarbij werd bevestigd Hof Amsterdam 15 februari 1957.

⁴ Zie over het onderscheid nog: Swane, prae-advies Broederschap der Notarissen 1942, Martens in W P N R. 3795, Asser-Anema-Verdam V p. 38 e.v. en Lubbers in W P N R. 4604 p. 474.

Het wettelijk vermoeden (art. 1953 sub 2), dat wij thans in art. 205 lid 3 kennen heeft overigens de uitwerking van een tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst. Hiermede is in overeenstemming de regel van het vierde lid, dat dit vermoeden niet werkt ten nadele van de schuldeisers der echtgenoten. Hierbij tekent de Toelichting op het Ontwerp-Meijers ad artt. 1.8.1.9 en 10 aan, dat zo een schuldeiser beslag legt op de goederen, waarvan een echtgenoot, die niet schuldenaar is, beweert eigenaar te zijn, deze op de gewone wijze zijn eigendom zal moeten bewijzen „evenals een ieder die tegen een beslag op grond van eigendom in verzet komt; men vergelijkte art. 456 W. van B. Rv.”.

§ 7. *Publicatie van huwelijksvoorwaarden (art. 207)*

Art. 207 handelt over het openbaar huwelijksgoederenregister, waarin bepalingen in huwelijksvoorwaarden moeten worden ingeschreven, willen zij aan derden, die daarvan onkundig waren, kunnen worden tegengeworpen. Het register wordt gehouden ter griffie van de rechtbank en de inschrijving moet geschieden ter griffie van de rechtbank binnen welker rechtsgebied het huwelijk is voltrokken of – zo het huwelijk in het buitenland is aangegaan – de huwelijksakte is ingeschreven overeenkomstig het bepaalde in art. 139. De regeling van de wijze van inrichting en raadpleging van het register heeft art. 207 lid 2 gedelegeerd aan de Kroon; zij is tot stand gekomen bij K.B. van 15 september 1956, S. 480 (Besluit Huwelijksgoederenregister). De wetgever krachtens delegatie is met de hem verleende bevoegdheid allerzonderlingst omgesprongen. Slechts de artt. 3 en 4 van dit Besluit beperken zich immers tot de regeling van de wijze van inrichting (art. 3) en raadpleging (art. 4) van het register.

In art. 1 echter worden nogmaals de bepalingen en rechtsfeiten opgesomd, die voor inschrijving in het register in aanmerking komen, te weten: de bepalingen in huwelijksvoorwaarden bedoeld in art. 207, de rechterlijke uitspraken bedoeld in de artt. 163, 165, 180 en 300, de eis bedoeld in art. 180 lid 2, de akte van afstand bedoeld in art. 185 en de verklaring der echtgenoten bedoeld in art. 304 (slot). Aan de vermelding der bovenvermelde rechterlijke uitspraken voegt het Besluit echter toe: „mits zij in kracht van gewijsde zijn gegaan”, hetgeen in overeenstemming is met het bepaalde in art. 180 lid 5, doch overigens een eis inhoudt, die in de wet niet gesteld wordt en zelf duidelijk in strijd komt met het bepaalde in art. 163, waarin de mogelijkheid wordt geopend, dat de rechter zijn beschikking uitvoerbaar verklaart bij voorraad, niettegenstaande hogere voorziening. Deze mogelijkheid bestaat toch juist met het oog op directe inschrijving en het aldus doen werken der beschikking tegen derden.

Voorts wordt in art. 2 van het Besluit de griffier bevoegd verklaard een inschrijving door te halen die ten onrechte heeft plaats gehad.

Beide bovengesignaleerde bepalingen in het Besluit gaan m.i. de in art. 207 lid 2 omschreven grenzen der delegatie te buiten en zijn daarom onverbindend¹.

De openbaarmaking van huwelijksvoorwaarden heeft in de geschiedenis van ons recht steeds in de belangstelling gestaan. Dit is te verklaren door de bijzondere zorg, die wij hier steeds hebben gevoeld voor de belangen van crediteuren en andere derden². Deze is echter slechts onderdeel van het algemene streven in het recht om de belangen van derden, die verschoonbaar dwaalden in de uiterlijke toestand, zoals die zich in het rechtsverkeer aan hen voordoet, veilig te stellen. Daarop berust dan ook het net van beschermende voorschriften – o.a. de artt. 167, 1422, 1910 en 2014 –, dat ten doel heeft derden te goeder trouw, d.w.z. zij die de werkelijke toestand *niet kenden*, noch ook *redelijkerwijze konden* kennen, te handhaven in het recht – w.o. het verhaalsrecht – dat zij op grond van de uiterlijke schijn meenden te verwerven.

Om tot uitdrukking te brengen, dat ook hier de bescherming, die de wet verleent, zich slechts uitstrekt tot hen, die in deze goede trouw verkeerden, heeft het Nader Gewijzigd Ontwerp (1954/1955 no. 1430 stuk no. 10)³, in afwijking van art. 207 (oud) en alle vroegere Ontwerpen, waaronder het Ontwerp-Meyers art. 1.8.1.3, achter het woord „derden” ingevoegd: „die daarvan onkundig waren”. Naar ik meen, ware het echter nog beter geweest te bepalen, dat bij *niet*-inschrijving der akte slechts beschermd worden „derden te goeder trouw”, daar dan zonder meer had vastgestaan, dat zij die niet kenden, doch wel behoorden te kennen, niet zouden worden beschermd, gelijk overigens reeds onder het oude recht werd aanvaard⁴. Thans zou kunnen worden volgehouden, dat het enkel „onkundig” zijn reeds beschermt, terwijl het toch kennelijk alleen het *verschoonbaar* onkundig zijn is, dat deze functie heeft. Op grond van de duidelijk blijkende bedoeling van de wetgever de bestaande opvattingen te legaliseren behoort dan ook deze uitleg te worden gevolgd⁵.

In aansluiting hierop is in de rechtsliteratuur verschil van mening gerezen over de vraag of, zo de in art. 207 bedoelde in-

¹ Vgl. in gelijke zin hierover uitvoeriger Asser-Scholten-Wiarda p. 329o. Zie voorts Polak p. 53/54 over de vraag hoe de griffier moet vaststellen of de betrokken uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

² Zie hieromtrent Asser-Scholten-Wiarda p. 252 e.v. en 329 m/n.

³ Zie voor de toelichting hierop Van Ewijk-Polak p. 59. Een andere verbetering vertoont de huidige tekst in vergelijking tot het Ontwerp-Meyers doordat het N.G.O. de mogelijkheid van publicatie der huwelijksvoorwaardenakte door opnemings in het register van „haar zakelijke inhoud” heeft geschrapt. Hierdoor zou inschrijving van een beredeneerd uittreksel der akte, met alle risico's daaraan verbonden, mogelijk zijn geworden. Terecht had De Bruijn dit voorstel afgewezen in Themis 1954 p. 441 e.v.

⁴ Zie H.R. 29 april 1949, N.J. 1949 no. 676, alsmede Asser-Scholten-Wiarda I p. 177 en Suyling VII no. 19. Aldus reeds Hof 's-Hertogenbosch 17 okt. 1922, N.J. 1923 p. 1137.

⁵ Aldus ook De Bruijn p. 439 en Polak p. 33. Vgl. ook Pitlo, supplement p. 36.

schrijving heeft plaats gehad, slechts die derde in de hier verdedigde zin te goeder trouw is, die het register daadwerkelijk heeft geraadpleegd en de hem tegengeworpen bepaling daarin niet heeft gevonden, dan wel of ook goede trouw kan bestaan zonder beoelde raadpleging. Het wil mij voorkomen, dat voor het bestaan van goede trouw deze raadpleging van het register inderdaad in het algemeen mag worden geëist. Dit moge uit de letter der wet niet volgen, doch de instelling van een openbaar register maakt dit n.m.m. tot haar strekking. De uitbreiding en vervolmaking van dit register krachtens de Wet van 14 juni 1956 kan deze opvatting slechts versterken. Daarbij dient men echter te bedenken, dat goede trouw niet in abstracto kan worden omlijnd, doch in hoofdzaak een van de omstandigheden in concreto afhankelijk feitelijk begrip is. Ik wil derhalve niet uitsluiten, dat in sommige gevallen ook hij, die het register niet heeft geraadpleegd toch te goeder trouw kan worden geacht. Ik zou dan echter die goede trouw niet willen veronderstellen, doch hem met het bewijs willen belasten, dat hij van de gepubliceerde bepaling ondanks de inschrijving verschoonbaar onkundig is gebleven.

Heeft geen inschrijving plaats gehad, dan wordt de goede trouw van de derde verondersteld. Stellen de echtgenoten, dat hij *niettemin* van de niet-gepubliceerde bepaling kennis droeg of behoorde te dragen, dan zal de bewijslast daarvan op hen rusten¹.

Van belang is hier overigens ook het tijdstip waarop de huwelijksvoorwaarden in het register zijn ingeschreven. Uit de tekst van art. 207 volgt duidelijk, dat deze inschrijving eerst dient plaats te hebben *na* de voltrekking van het huwelijk, indien het om vóór het huwelijk aangegane huwelijksvoorwaarden gaat. De wet spreekt immers over de „griffie der rechtbank binnen welker rechtsgebied het huwelijk is voltrokken”.

Het is wel voorgekomen, dat partijen op een later tijdstip huw-

¹ Vgl. hierover De Bruijn p. 440 en Asser-Scholten-Wiarda p. 255, tussen wie ik m.i. aldus in sta. Zie overigens over de goede trouw t.a.v. in het handelsregister gepubliceerde feiten: H.R. 18 juli 1952, N.J. 1953 no. 530 m.o.v. Houwing, die evenals Molengraaff, Leidraad I p. 66, raadpleging verlangt. Vgl. voorts Asser-Scholten-Wiarda t.a.p., Asser-Scholten-Van der Grinten I (2) p. 30 en de door laatstgenoemde vermelde literatuur en jurisprudentie.

Het is overigens slechts na lange aarzeling, dat ik deze regels betreffende goede of kwade trouw en bewijslastverdeling heb geschreven. De vraag der goede trouw met betrekking tot gepubliceerde feiten is een der moeilijkste uit ons recht, zoals het R.V.S. arrest (H.R. 28 febr. 1958, N.J. 1958 no. 279 m.o.v. Rutten) nog eens heeft onderstreept. Vooral wanneer men in de praktijk, in het bijzonder ook bij het op de griffies ingestelde onderzoek – vgl. Deel B § 2 –, ervaart hoe bijzonder weinig het register van art. 207 wordt geraadpleegd, vraagt men zich af of het niet onwettelijk is de eis van raadpleging te stellen als voorwaarde voor goede trouw. Toch meen ik, dat deze praktische onverschilligheid geen juridisch argument mag zijn tegen de m.i. uit het wettelijk stelsel blykende betekenis van het openbaar register. Vgl. nog omtrent dit probleem in het algemeen H.R. 18 april 1947, N.J. 1948 no. 447 met de lezenswaardige annotatie van Meijers en tenslotte het opstel van Wiarda „Gepubliceerde feiten en goede trouw” in W.P.N.R. 4567/68 (17 en 24 jan. 1959) met zijn rijke inhoud.

den dan zij aan de notaris hadden opgegeven, zodat deze in onwetendheid de huwelijksvoorwaarden deed inschrijven op een tijdstip, waarop partijen nog ongehuwd waren. Het wil mij voorkomen, dat hieruit ernstige gevolgen kunnen voortvloeien. Mij dunkt immers, dat de ingeschreven bepalingen thans niet kunnen worden tegengeworpen aan derden, die verklaren slechts vanaf de dag der huwelijksvoltrekking het register geraadpleegd te hebben, tenzij hun bekendheid met die bepalingen wordt bewezen. Bij het vorenstaande dient men tenslotte rekening te houden met de van realiteitszin getuigende bepaling van art. 207 lid 3 (in fine). De bovenbedoelde werking der inschrijving tegen derden treedt hier eerst in na de publicatie in dagblad(en) en Staatscourant.

In de thans geldende tekst staat tevens onbetwist vast, dat omgekeerd derden de echtgenoten wel steeds kunnen houden aan bepalingen in huwelijksvoorwaarden, die niet zijn ingeschreven, als zij deze uit anderen hoofde kennen. Sprak immers de oude wet van werking „ten aanzien van derden”, thans spreekt de tekst van „tegenwerpen aan derden” (lid 1) en „werken ten nadele van de derden” (lid 3). Op deze wijze wordt opnieuw de heersende interpretatie¹ van vóór 1 januari 1957 bevestigd.

Nu het voorschrift van art. 207 aldus is ingepast in het leerstuk der derden-bescherming is – zeer verklaarbaar – de vraag gerezen of aan de rechtverkrijgende onder bijzondere titel, die zich op de wettelijke bescherming beroept, naast de goede trouw bovendien de eis mag worden gesteld, dat hij om baat zijn recht verkreeg. Als voorbeeld is genoemd het geval², dat door een der echtgenoten aan een derde bij notariële akte een som is schuldig erkend bij wege van schenking, waarna deze laatste – onkundig van de tussen echtgenoten bestaande huwelijksvoorwaarden – zijn vordering wil verhalen op goederen van de andere echtgenoot, die hij als gemeenschapsgoederen beschouwt. Nu betrokkene om niet verkreeg, zou hij zich op de bescherming van art. 207 niet mogen beroepen. De eis der verkrijging onder bezwarende titel wordt in art. 2014 meestal aanvaard, terwijl zij zelfs in de Lex Van Oven uitdrukkelijk is gesteld in de artt. 164b en 177 (lid 2). Het schijnt aantrekkelijk om deze eis ook hier te aanvaarden. Het komt mij echter voor, dat er goede argumenten zijn om een ander standpunt in te nemen. Vooreerst wordt dit vereiste ook elders nog niet algemeen erkend³, terwijl voorts bijzonder sterk spreekt, dat de wetgever van 1956 zich kennelijk van dit probleem bewust is geweest – blijkens de tekst der artt. 164b en 177 – doch i.c. van opnemning van dit vereiste heeft afgezien⁴.

¹ Zie het bekende arrest *Bremers-Muykens* (H R. 18 febr. 1916, N J 1916 no 513, W 10034, W P N R 2464)

² *Asser-Scholten-Wiarda* p 255

³ Vgl. *Petit „Bescherming van rechten van derden”*, prae-advies *Broederschap der Notarissen* 1948 p 221

⁴ Anders: *Asser-Scholten-Wiarda* p 255, die is gevolgd door *De Bruijn* p 439.

Een dubbele inschrijvingsplicht ontstaat, indien huwelijksvoorwaarden worden aangegaan door iemand, die eigenaar is van een onderneming in de zin van art. 3 der Handelsregisterwet (Wet van 26 juli 1918, S. 493). Naast de inschrijving van art. 207 B.W. behoort dan ingevolge art. 5 lid 2 dier wet inschrijving in het handelsregister plaats te hebben van die bepalingen uit de huwelijksvoorwaarden „waarbij geheel of gedeeltelijk van de wettelijke gemeenschap van goederen wordt afgeweken”, onder vermelding van de dag van inschrijving en van de rechtbank, ter griffie waarvan de inschrijving in het register van art. 207 B.W. heeft plaats gehad¹.

Moelijk oplosbare rechtsvragen zouden door deze doublure gerezen zijn, indien art. 31 lid 3 het bepaalde in het eerste lid van dit artikel niet uitgeschakeld had „betreffende aangelegenheden, welke ingevolge wettelijk voorschrift (i.c. art. 207 B.W.) ook op andere wijze worden openbaar gemaakt”. Uit deze regel volgt immers, dat de derde die alleen het register van art. 207 B.W. raadpleegt en daarin niets aantreft, veilig is, terwijl hij, die uitsluitend het handelsregister inziet en daarin niets vindt, niet wordt beschermd, indien wel inschrijving in het register van art. 207 B.W. had plaats gehad. Heeft in het eerste geval wel inschrijving in het handelsregister plaats gehad – hoe onwaarschijnlijk dit ook is na de wijziging der Handelsregisterwet in 1954, toen de bovenbedoelde verwijzingsplicht naar het griffieregister werd ingevoerd – dan zal m.i., krachtens de boven uiteengezette verdeling der bewijslast, de echtgenoot, die beweert dat de derde, dank zij de inschrijving in het handelsregister, niettemin niet „onkundig” was, moeten bewijzen, dat deze ook dit laatste register raadpleegde.

Voor de juiste inschrijving overeenkomstig art. 207 zal de notaris naar algemeen gebruik dienen te zorgen. Dit behoort tot de buitenwettelijke werkzaamheden waartoe hij geacht wordt een

De eerste schrijver aanvaardt echter als uitzondering – waarin hij dus weer tot de hoofdregel der derdenbescherming terugkeert – het geval, dat de begiftigde „zijnerzijds verplichtingen jegens anderen op zich heeft genomen, die hij slechts als gevolg van die gift kan nakomen”. Een dergelijke rechtsverfijning moge billijk lijken, zij schept m.i. een vervaging – en derhalve rechtsonzekerheid – die het uitgangspunt veroordeelt

¹ Terecht wijst De Bruijn p. 437 op het feit, dat de consequenties van de Wet van 14 juni 1956 onvoldoende tot de Handelsregisterwet zijn doorgedrongen, vooreerst spreekt art. 5 nog steeds van „overschrijving” i.p.v. „inschrijving” der huwelijksvoorwaarden, doch ernstiger is, dat slechts aan publicatie in het handelsregister worden onderworpen bepalingen, waarbij van de wettelijke gemeenschap wordt afgeweken, aldus miskennende, dat staande huwelijk thans veelsoortige huwelijksvoorwaarden kunnen worden gemaakt, waarbij bv. het reeds geldende contractuele stelsel wordt gewijzigd of opgeheven, deze zouden aldus – hoezeer ook voor derden van belang – niet aan inschrijving cf. de Handelsregisterwet onderworpen zijn.

Ik houd het op een uitleg der wet naar haar strekking en zou daarom inschrijving verplicht achten van al hetgeen in art. 207 is bedoeld.

stilzwijgende opdracht te hebben ontvangen; wenst hij deze werkzaamheden niet te verrichten en aldus ook te ontkomen aan de daarmee verbonden – m.i. contractuele – aansprakelijkheid, dan zal hij zulks uitdrukkelijk moeten mededelen¹.

De zorg voor de inschrijving van huwelijksvoorwaarden in het handelsregister zal echter, op grond van hetzelfde gebruik, niet tot de taak van de notaris behoren. Een andersluidende afspraak kan uitdrukkelijk gemaakt zijn.

Als de meest sprekende toepassingen van de hierboven behandelde regels der derdenbescherming worden behandeld de gevallen waarin crediteuren van één der echtgenoten aanspraken verwierven vóór het tijdstip, waarop de huwelijksvoorwaarden van hun debiteur werden gepubliceerd.

De voornaamste hier bedoelde gevallen zijn:

1. Een der echtgenoten gaat schulden aan na het huwelijk, doch vóór de inschrijving der huwelijksvoorwaarden. De crediteur mag dan alle goederen van beide echtgenoten, ook de privé-goederen van de andere echtgenoot, als gemeenschapsgoederen en dus als verhaalsobjecten beschouwen. Door de eenzijdige daad vanwege zijn debiteur, die in de inschrijving is te zien, kan dit verkregen verhaalsrecht niet verloren gaan².
2. Tot goederen, die de andere echtgenoot verkreeg *na* de inschrijving, zal zich het bovenbedoelde verhaalsrecht echter niet uitstrekken. Thans immers werken de huwelijksvoorwaarden ook tegen deze crediteur³.
3. Is de vordering van de crediteur reeds vóór het huwelijk van zijn debiteur ontstaan, dan zal het sub 1 ingenomen standpunt echter moeten worden herzien, daar nu met recht kan worden betoogd, dat de regel der derdenbescherming niet is geschreven voor hem, die ten tijde van het ontstaan van zijn vordering op geen ander verhaalsobject mocht rekenen dan op de goederen van zijn debiteur. Weliswaar krijgt de crediteur door het huwelijk van zijn debiteur nu de gelegenheid zich mede te verhalen op de goederen van de andere echtgenoot, die hij als gemeenschapsgoederen mag beschouwen, doch hierop bestaat geen – van de aanvang af – verkregen recht, zodat deze mogelijkheid door inschrijving der huwelijksvoorwaarden wordt teniet gedaan⁴.
4. Schulden van één der echtgenoten uit de wet, ontstaan vóór de

¹ Vgl. Rb. Tiel 10 jan. 1930, N.J. 1930 p. 585, W.P.N.R. 3173.

² Aldus H.R. 25 nov. 1881, W. 4714 en nagenoeg de gehele rechtsleer; vgl. Asser-Scholten-Wiarda p. 256.

³ Aldus H.R. 30 april 1909, W. 8867. De Bruijn p. 441 ziet – m.i. ten onrechte – tussen de arresten van 1881 en 1909 „een zekere tegenstrijdigheid”.

⁴ In gelijke zin reeds Asser-Scholten I p. 177. Vgl. ook H.R. 17 juni 1881, W. 4650, Hof Amsterdam 23 dec. 1921, W. 10867 en N.J. 1923 p. 475, De Bruijn p. 444.

inschrijving, zal men m.i. op gelijke wijze moeten behandelen, ook al zouden deze eerst na het huwelijk zijn ontstaan. Hier toch is geen sprake van opgewekt vertrouwen¹.

5. Dit neemt niet weg, dat de sub 3 en 4 bedoelde crediteuren vóór de inschrijving beslag kunnen hebben gelegd op de goederen van de andere echtgenoot. In dit geval zal het verhaalsrecht door de later gevolgde inschrijving niet teloor gaan, daar thans van een verkregen recht kan worden gesproken².
6. Met het evenbedoelde speciale beslag zal het algemene faillissementsbeslag, ingetreden vóór de inschrijving der huwelijksvoorwaarden, moeten worden gelijkgesteld. Voorts moet, indien de faillietverklaring volgt *na* de inschrijving, onderscheid worden gemaakt tussen schuldeisers, die vóór en na deze inschrijving hun vordering verkregen en tussen de eerstgenoemden voorts nog overeenkomstig de hierboven gegeven regels. Zo ontstaan dan twee categorieën van crediteuren; indien de huwelijksvoorwaarden uitsluiting van iedere gemeenschap inhouden, zal op het privé-vermogen van de gefailleerde man verhaal kunnen worden gezocht door al zijn crediteuren, terwijl sommigen hunner vervolgens voor hun restant-vorderingen verhaal hebben op die goederen der vrouw, die zij voor gemeenschapsgoederen mochten houden³.

Art. 207 laat het aan partijen over welke bepalingen zij in het huwelijksgoederenregister willen doen inschrijven. Zij zullen dit moeten beslissen aan de hand der vraag, welke hunner regelingen voor derden van belang kunnen zijn. Dit nu zijn niet de bepalingen, die slechts intern-obligatoire betekenis hebben tussen de echtgenoten, doch zodanige bepalingen, die externe – zakenrechtelijke – werking hebben, hetgeen primair de bedingen zullen zijn, die het tussen de echtgenoten geldende goederenstelsel vaststellen, wijzigen of opheffen.

Hieruit, doch ook uit de historie en de tekst van art. 207 volgt, dat de omschrijving der aanbrengrsten bedoeld in art. 205 (lid 1) niet behoeft te worden ingeschreven. Een bij huwelijksvoorwaarden gedane contractuele making behoeft evenmin te worden ingeschreven. Met betrekking tot de schenking van „tegenwoordige en bepaaldelijk omschreven” goederen zal men echter inschrijving moeten eisen, indien zij op zich een regeling van het goederen-

¹ Aldus ook Asser-Scholten-Wiarda p 256, die echter terecht hiervan uitzondert de schulden aan de zaakwaarnemer ex de artt. 1390 en 1393, die als contractueel ontstane schulden mogen worden beschouwd Vgl voorts i c H R. 18 juni 1952, N J 1953 no 530, Wiarda in Ars Aequi 1952/53 p 81 en J H Thiel ac proefschrift Amsterdam 1903 p 84 e v

² Aldus ook Suijling VII no 22 en Klaassen-Eggens-Polak p 68, anders Hof Amsterdam 23 dec 1921, W 10867 en N J 1923 p 475 en De Bruijn p 445

³ Vgl hieromtrent de uitvoerige beschouwing van De Bruijn p 445/447, Hof 's-Hertogenbosch 27 juni 1905, W 8272, Hof 's-Hertogenbosch 7 april 1908, W 8802 en Rb Haarlem 18 mei 1915, W P N R 2379

statuut inhoudt, daar zij de strekking heeft het geschonkene van de – overigens bestaande – gemeenschap uit te sluiten¹.

DEEL B. STELSLS VAN HUWELIJSGOEDERENRECHT

§ 1. *De invloed der wetshervorming op de keuzestelsels; omzettingsproblemen*

Tot de invoering van de Wet van 14 juni 1956 werden in de 8ste Titel aan de van oudsher bestaande wettelijke keuzestelsels de navolgende bepalingen gewijd, en wel aan:

1. de uitsluiting van elke goedereengemeenschap: artt. 199, 200 en 205;
2. de gemeenschap van winst en verlies: artt. 210 t/m 222;
3. de gemeenschap van vruchten en inkomsten: artt. 219 t/m 222.

De bepalingen betrekking hebbende op het eerstgenoemde keuzestelsel kon men nauwelijks een regeling van dit onderwerp noemen. Zij beperkten zich immers vooreerst tot de mededeling, dat de uitsluiting der gemeenschap van goederen, – d.i. de wettelijke gemeenschap – nog geen uitsluiting van de gemeenschap van winst en verlies meebracht, tenzij ook deze laatste uitdrukkelijk uitgesloten mocht zijn (art. 199 eerste lid), terwijl art. 200 (oud) de mogelijkheid opende „in geval van uitsluiting of beperking van gemeenschap” de som te bepalen, die door de vrouw jaarlijks tot de huishouding en de opvoeding der kinderen „uit hare goederen” zou moeten worden bijgedragen. Tenslotte werd dit stelsel m.i. bedoeld in art. 205 (oud), dat het bewijsvoorschrift vormde betreffende ten huwelijk aangebrachte niet ten name staande roerende zaken, indien „uitsluiting der gemeenschap van goederen” was bedongen. Wilde men nl. aan deze regel zelfstandige betekenis toekennen naast het bepaalde in art. 220 (oud), dan moest men haar wel doen slaan op het geval, dat iedere vermogensgemeenschap was uitgesloten. Hoogst zonderling was immers, dat zij naar de letter – volgens het bepaalde in het behouden gebleven art. 199 – eveneens toepasselijk moest worden geacht op de gemeenschap van winst en verlies!

De regeling der gemeenschap van vruchten en inkomsten muntte evenmin uit door volledigheid. Na in het opschrift van de 2de Afdeling van de 8ste Titel te zijn aangekondigd, verscheen deze rechtsfiguur slechts in de artt. 219, 220 en 222 ten tonele, in de beide laatste gevallen nog in combinatie met de gemeenschap van winst en verlies.

Bij de invoering van het Nieuw B.W. zal de regeling dezer keuzestelsels geheel verdwijnen en vervangen worden door een regeling van het wettelijk deelgenootschap (Boek I, Titel 8, Afd.

¹ De Bruijn p. 451 maakt dit onderscheid niet. Vgl. diens beschouwing t.a.p. betreffende Hof 's-Hertogenbosch 17 okt 1922, N.J. 1923 p. 1137.

2). De wetshervorming van 1956 heeft daarentegen in de traditionele keuzestelsels betrekkelijk weinig wijziging gebracht.

Wat het eerste stelsel betreft, zijn de artt. 200 en 205 thans verdwenen, het eerste ten gevolge van de naar de algemene bepalingen van de 6de Titel verplaatste regeling der bestrijding van de kosten der huishouding in art. 161 en het tweede vanwege de unificatie der bewijsvoorschriften in art. 205.

Gebleven is slechts art. 199, ons waarschuwend, dat een totale vermogensscheiding niet bereikt kan worden door slechts de wettelijke gemeenschap terzijde te stellen, daar alsdan de gemeenschap van winst en verlies intreedt. Voor en na kan dus dit scheidingsstelsel op twee wijzen worden overeengekomen: hetzij door uitdrukkelijk beding¹, hetzij negatief, door zowel de wettelijke gemeenschap als de gemeenschap van winst en verlies uit te sluiten. Uitdrukkelijke mede-uitsluiting van de gemeenschap van vruchten en inkomsten is onnodig; in ons wettelijk stelsel vervult dit laatste régime slechts een ondergeschikte rol: de wet beschouwt deze gemeenschap kennelijk als een variant op de gemeenschap van winst en verlies, zodat zij door de uitsluiting van deze laatste mede wordt getroffen.

Op overeenkomstige wijze kan ook thans nog de gemeenschap van winst en verlies worden aangegaan; men kan haar immers zowel uitdrukkelijk aangaan (art. 210), als stilzwijgend, door slechts de wettelijke gemeenschap uit te sluiten (art. 199).

In de regeling der gemeenschappen van winst en verlies en van vruchten en inkomsten, die de gehele 2de Afdeling van de 8ste Titel beslaat, zijn de wijzigingen in 1956 van nog bescheidener omvang geweest. De wetgever heeft de artt. 220 en 221 (oud) doen vervallen in verband met de centralisatie en unificatie der bewijsregels in art. 205, terwijl tenslotte in art. 210 de woorden „de aanstaande echtgenoten” zijn vervangen door „de echtgenoten of aanstaande echtgenoten”, hetgeen het novum van art. 204 eiste. Voor het overige is de uit 1838 daterende tekst gehandhaafd, hetgeen zeer moet worden betreurd, daar deze verouderd, onduidelijk en onvolledig is.

Niet meer van deze tijd zijn bv. de casuïstische vermeldingen, die men in de artt. 214, 216, 217 en 218 lid 2 aantreft, waar met een vastlegging van het beginsel in een moderne tekst zou kunnen zijn volstaan, het vinden van de praktische toepassingen aan de wetsuitlegger overlatende. Onder de voorbeelden, waarop de wet-

¹ Dit geschiedt door de bepaling, dat tussen de (a s) echtgenoten geen gemeenschap van goederen, hoe ook genaamd, zal bestaan. De praktijk voegt hier – overbodig – veelal nog aan toe: „zodat zowel de wettelijke gemeenschap als die van winst en verlies en die van vruchten en inkomsten worden uitgesloten”. Terecht laat Heuff deze toevoeging weg in zijn bekroond model-huwelijksvoorwaarden (Prijsvraag huwelijksvoorwaarden W P N R 4542 en 4543)

gever ons onthaalt, prijken bv. nog steeds de aanspoeling (art. 216) en afspoeling (art. 217), die toch nauwelijks nog een rol vervullen¹.

Ook de gekunstelde wijze, waarop het bovengenoemde art. 199 de gemeenschap van winst en verlies doet ontstaan naast de normale constructie van art. 210, is naar hedendaagse begrippen niet meer aanvaardbaar.

Weinig helder is verder de regeling, daar zij de begrippen winst en verlies in twee geheel verschillende betekenissen gebruikt, nl. in die van gemeenschappelijk *actief* en *passief* (vgl. bv. de artt. 214 en 218), enerzijds, en van winst- en verlies-*saldo* (vgl. bv. art. 212), anderzijds. Ook verzuimt de wet, uitgaande van de bovenaangeduide opvatting van de gemeenschap van vruchten en inkomsten in haar verhouding tot de gemeenschap van winst en verlies, aan te geven, waarin de wezenlijke verschillen tussen deze beide keuzestelsels bestaan.

Onvolledig, ondanks haar betrekkelijke lengte, is tenslotte deze wettelijke regeling. Zij geeft geen oplossing voor vragen betreffende verkrijgingen staande huwelijk door geluk of toeval, terwijl allerlei problemen van deze tijd, bv. betreffende uitkeringen op effecten in de vorm van premies, bonussen, claims, stockdividend etc., in de wet nauwelijks steun tot oplossing vinden. Ook zou een wettelijke basis voor het stelsel van reprises en récompenses dat wij aanvaarden, bij de bestaande controverse omtrent de rechtsgrond dezer vergoedingsrechten, nuttig zijn geweest.

Nu eenmaal vaststaat, dat de Wet van 14 juni 1956 zich een veel breder terrein heeft aangetrokken dan haar titel doet veronderstellen en zich met name ook heeft begeven op het terrein der huwelijksvoorwaarden, had het m.i. ernstige overweging verdiend de herziening mede uit te breiden tot een modernisering der artt. 210 tot en met 222. Waarschijnlijk heeft hierbij een grote rol gespeeld het feit, dat deze beide stelsels géén plaats meer vinden in het Nieuw B.W.

Voor het geldende recht zijn echter de beide genoemde keuzestelsels de enige, die de wet nog regelt terwijl het markante feit zich voordoet, dat het beginsel der vermogensrechtelijke gelijkstelling m.i. – stilzwijgend – op een dezer beide stelsels een bijzondere invloed heeft gehad.

Daarnaast verdienen bespreking de rechtsgevolgen, die intreden bij omzetting gedurende het huwelijk van het ene goederenstelsel in het andere, terwijl in dit meer algemene probleem nog een zeer bijzondere plaats inneemt de vraag hoe de handhaving van het schenkingsverbod (art. 1715) moet worden geduid, indien door deze omzetting vermogensverschuivingen optreden.

¹ Op deze wijze – mede door de sleur waaraan de rechtspraktijk zo moeilijk ontkomt – dringen deze begrippen nog steeds door tot de inhoud der akten van huwelijksvoorwaarden, niet zelden tot opperste verbazing van partijen

Vgl. ook in dit verband de term „vertimmering” in art. 216

Ik zal daarom thans in het kort beschouwen:

- a) het verschil tussen de gemeenschappen van winst en verlies en van vruchten en inkomsten onder vigueur der Lex Van Oven;
- b) de rechtsgevolgen van de overgang van het bestaande goederenstelsel naar een ander régime gedurende het huwelijk;
- c) meer in het bijzonder de invloed, die het verbod van art. 1715 daarbij uitoefent.

Ad a

Nadat lang strijd was gevoerd om de uitleg van de wezenlijke inhoud der gemeenschap van vruchten en inkomsten, met name over de vraag, waarin zij van de gemeenschap van winst en verlies zou verschillen, was in de laatste decennia de rechtsleer vrijwel eenstemmig tot het oordeel gekomen, dat de begrippen „winst” en „vruchten en inkomsten” identiek zijn, zodat als enig verschil tussen beide stelsels kan gelden, dat in tegenstelling tot de gemeenschap van winst en verlies bij de gemeenschap van vruchten en inkomsten geen verliessaldo behoort te worden verrekend¹. Aldus werd naar de heersende opvatting geen enkel verschil gemaakt – noch zakenrechtelijk noch obligatoir² – tussen beide gemeenschappen, indien zij een winst-saldo opleverden. De gemeenschap van vruchten en inkomsten is geen verliesgemeenschap; een verliessaldo was, naar vrijwel algemeen werd aanvaard, uitsluitend ten laste van de man.

Deze opvatting berustte m.i. minder op het resultaat van een onderzoek naar de historische kenbronnen dezer rechtsfiguur, als wel veeleer op de traditie; men was deze gemeenschap gaan beschouwen als een stelsel, dat voor de vrouw bijzonder aantrekkelijk was, omdat het op het totale scheidingsstelsel voorhad de participatie van de vrouw in de staande huwelijk gemaakte winsten, die anders doorgaans aan de man zouden toevallen, terwijl dit stelsel toch niet de vrouw met het risico der gemeenschap van winst en verlies belastte, daar een negatief eindresultaat voor rekening van de man bleef. Het was voor bezorgde ouders dan ook vaak een – zij het niet geheel toereikende – geruststelling hun

¹ Deze eenstemmigheid werd bereikt, nadat verworpen waren de twee andere, vroeger wel erkende, verschilpunten: (1) de gemeenschap van winst en verlies zou de opbrengst van vermogen *en* arbeid omvatten, doch de gemeenschap van vruchten en inkomsten zou slechts de opbrengst van vermogen insluiten; (2) laatstgenoemde gemeenschap zou geen schulden omvatten. Het eerste werd vergeefs nogmaals verdedigd door De Lange (ac. proefschrift Leiden 1920 p. 119), het tweede werd laatstelijk nog gehandhaafd door Scholten, nl. in de 5de druk van Asser-Scholten I (1923) p. 277, doch verlaten in de 6de druk van dit handboek (1929).

² Behoudens de leer van o.m. Klaassen-Eggens (laatstelijk 8ste druk p. 103/104) inhoudende, dat bij de gemeenschap van vruchten en inkomsten de vrouw nimmer aansprakelijk zou zijn voor van de zijde van de man ontstane gemeenschapsschulden, hetgeen met name zou betekend hebben, dat na de ontbinding der gemeenschap de aansprakelijkheid voor de helft dier schulden ex artt. 183 (oud) en 185 (oud) niet zou intreden.

dochter getrouwd te weten onder dit vermogensrechtelijk beschermende régime.

Rechtstheoretisch was het ook zeer begrijpelijk, dat men onder de druk van een allesbeheersende maritale macht, waar mogelijk trachtte door interpretatie de wettelijke regeling in voor de vrouw gunstige zin om te buigen¹. Als consequentie van deze visie werd i.c. tenslotte vrij algemeen geleerd, dat ingeval beide echtgenoten repriserechten ten laste der gemeenschap konden uitoefenen, doch deze tot voldoening daarvan ontoereikend was, de reprises der vrouw voorrang hadden, terwijl indien de gemeenschap ontoereikend was om alleen haar reprises daaruit te voldoen, zij zelfs het tekort op het privé-vermogen van de man kon verhalen².

Zo ontstond dan de bekende uitspraak van Scholten, die het scherpst deze leer karakteriseert: „De man is hier, anders dan bij de gemeenschap van winst en verlies, onvoorwaardelijk verplicht al wat de vrouw heeft aangebracht onaangebroken terug te geven”³.

Schaars waren de geluiden, waarin men twijfel aan deze gevestigde opvatting kon beluisteren. Hoogst merkwaardig was echter, dat Scholten, alvorens tot bovenstaande uitspraak te komen, zelf reden tot twijfel aan zijn uitgangspunt had gegeven door de indruk te wekken, dat hij de man slechts met het verliessaldo wilde belasten, omdat dit doorgaans door hem was *veroorzaakt*⁴. In de daarop aansluitende beschouwingen gaat echter het accent zodanig liggen op de draagplicht van de man, dat men – vooral als deze beschouwingen dan culminereren in bovenstaand citaat – toch de indruk behoudt, dat de schrijver het dragen door de man van een, door wie dan ook veroorzaakt, verliessaldo per definitie begrepen achtte in het wezen van dit goederenstelsel.

Hier ligt echter juist de kern van het probleem; deze gemeenschap is er slechts een van *winst*. Dit is duidelijk reeds in haar naam verankerd en aldus op de wet gegrond. De wet gaf – en geeft ook thans – echter geen enkele aanwijzing betreffende het dragen van een verliessaldo; dit is ook geheel overbodig, daar er geen reden is om aan te nemen, dat dit verlies ten laste van iemand anders dan de verliezer zelf zou zijn. Het feit, dat onder het tot 1 januari 1957 gegolden hebbende stelsel van maritale macht en handelingsonbekwaamheid het veelal de man zal zijn geweest, die dit verlies veroorzaakte, is slechts een praktisch aspect, maar ver-

¹ Vgl. de door mij gegeven voorbeelden hiervan in W P N R 4481 p 98

² Aldus Petit p 191 en voorts. Asser-Scholten I p 208, Klaassen-Eggens-Polak p 104, Suyling VII no 169, Pitlo-Meyling I p 221.

³ Vgl. o a Asser-Scholten I 7de druk p 195, welke zinsnede door Wiarda in de 9de druk p 300 is overgenomen, nadat deze schrijver echter tevoren blijk had gegeven een opvatting als de door mij in W P N R 4481 verdedigde te willen volgen. Terecht heeft De Bruijn p 562 op deze tegenstrijdigheid gewezen.

⁴ Vgl. Asser-Scholten I 7de druk p 192: „Bij de ontbinding wordt enkel de *winst*, niet het *verlies* verrekend. Dit blijft voor rekening van dengeen die het leed, *in den regel den man*”

mag overigens aan het juridisch wezen van dit keuzestelsel niets af te doen. Reeds lang kende men trouwens maatschappelijk de figuur van de man met een vast inkomen uit dienstbetrekking, gehuwd met een vrouw, die de handelszaak, die zij dreef, na haar huwelijk voortzette overeenkomstig het bepaalde in art. 168 (oud). Onder de invloed van het betoog van Smits¹ zou ik reeds voor het voormalige recht de bovengeschetste heersende interpretatie hebben verworpen en een in het gegeven voorbeeld door de vrouw veroorzaakt verliessaldo te haren laste hebben gelaten.

Na de wetshervorming van 1956 dient n.m.m. a fortiori deze conclusie te worden aanvaard en is aan de onder het oude recht vigerende heersende opvatting alle grond komen te ontvallen. Terstond na de introductie van de Lex Van Oven heb ik hiervan blijk gegeven en in deze visie bijval gevonden².

De aanvaarding van het beginsel van perfecte vermogensrechtelijke gelijkheid der echtgenoten heeft aan de vrouw niet slechts voordelen gebracht; zij zal ook de nadelen hebben te aanvaarden, die optreden op plaatsen waar zij vroeger als zwakkere partij een wettelijk geprivilegeerde positie genoot, die thans vervallen is³. Zonder uitdrukkelijk contrabeding bij huwelijksvoorwaarden is er thans zeker geen enkele rechtsgrond meer om een door de vrouw veroorzaakt verliessaldo ten laste van de man te brengen, c.q. om haar repriserchten de voorrang te geven. Wie vermogensrechtelijk verworven vrijheid benut, neemt risico, doch dient dan ook dit risico zelf te dragen. Reeds onder het oude recht verwierp ik uiteraard ook de externe consequentie, dat de vrouw niet aansprakelijk zou zijn na de ontbinding der gemeenschap voor de helft der door de man aangegane gemeenschapsschulden. Nu wij in tegenstelling tot de onduidelijke regeling der aansprakelijkheid voor gemene schulden onder het oude recht thans een helder stelsel bezitten in de artt. 176, 183 en 208, zou ik – wederom a fortiori – iedere inbreuk op de wettelijke regeling willen verwerpen, daar de wet bij de gemeenschap van vruchten en inkomsten geen uitdrukkelijk derogerende bepaling kent.

Op deze wijze heeft de wetsherziening wellicht een geruisloze consequentie medegebracht, die door de ontwerper niet uitdruk-

¹ Prae-advies Broederschap Cand Not 1939 p 71

² Vgl mijn opstel „De gemeenschap van vruchten en inkomsten in het licht der emancipatie” (W P N R 4481), onafhankelijk hiervan kwam Versteeg in W P N R 4482 (boekbespreking Klaassen-Eggens-Polak) tot gelijke conclusie. Als wij ook Rombach en De Vries p 15, implicate. J G van der Pas in W P N R. 4586 De Bruijn, die in W P N R 4465 nog stelde: „Is er een tekort, dan wordt dit door de man alleen gedragen. In dit alles verandert de nieuwe wet niets”, toont in zijn handboek p 561/565 aarzelande toenadering tot mijn standpunt.

³ Vgl art 166 t o 160 lid 4 oud (beheersvordering), art 205 t o 221 oud (bewijs van verkrijging), art 184 t o 187 oud (afstand van de gemeenschap), art 180 t o 241 oud (opheffing der gemeenschap bij vonnis).

kelijk werd beoogd. Er is thans een keuzestelsel, dat waarborgen biedt tegen de risico's verbonden aan de wederzijdse onafhankelijkheid, terwijl het toch de nadelen mist van het régime der totale vermogensscheiding. Men bedenke echter, dat slechts een *verliessaldo* niet gezamenlijk wordt gedragen; verliezen, die door de ene echtgenoot worden geleden, doch die geheel gedekt worden uit de winsten door de andere echtgenoot behaald, worden op deze wijze samen gedragen. Zij zijn voor gezamenlijke rekening tot het punt, waarop zij tot een onverrekenbaar deficit leiden. Dit kan slechts blijken bij de ontbinding der gemeenschap; voordien kan immers nooit met zekerheid gezegd worden, dat zij een verliessaldo heeft opgeleverd.

Ad b

Tengevolge van de bij de wetshervorming van 1956 aanvaarde bevoegdheid tot het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk (art. 204), kunnen zich thans de volgende omzettingsfiguren voordoen:

1. de wettelijke gemeenschap wordt gewijzigd in het stelsel der algehele uitsluiting van gemeenschap;
2. een bestaande beperkte gemeenschap wordt vervangen door evenbedoeld uitsluitingsstelsel;
3. de wettelijke gemeenschap wordt omgezet in een vorm van beperkte gemeenschap;
4. een vorm van beperkte gemeenschap wordt omgezet in enigerlei andere vorm van beperkte gemeenschap;
5. het uitsluitingsstelsel wordt vervangen door enigerlei vorm van beperkte gemeenschap;
6. de wettelijke gemeenschap wordt ingevoerd of hersteld.

De beide eerste rechtsfiguren dezer serie leveren de minste moeilijkheden op. In deze gevallen wordt immers de bestaande gemeenschap contractueel opgeheven, hetgeen de wet als ontbindingsoorzaak uitdrukkelijk noemt (art. 178 lid 1 sub *f*); krachtens het bepaalde in art. 208 lid 1 is deze regel ook op iedere vorm van beperkte gemeenschap toepasselijk. Van de ontbonden gemeenschap kan ieder der deelgenoten scheiding en deling verlangen.

Bij het derde geval kan men verschillende varianten onderscheiden. Wordt de wettelijke gemeenschap omgezet in een gemeenschap van bepaald aangeduide – reeds aanwezige – zaken, dan wordt zij ten aanzien dier zaken voortgezet, doch overigens ontbonden. Wordt zij omgezet in een gemeenschap van naar de *soort* bepaalde goederen – bv. effecten of inboedel – dan hangt het van der partijen bedoeling af of daaronder mede begrepen zijn de thans reeds aanwezige goederen van die soort. Is dit het geval, dan wordt zij ten aanzien van deze goederen voortgezet, doch overigens ontbonden. Tenslotte is het mogelijk, dat de wettelijke

gemeenschap wordt vervangen door een der in de wet genoemde keuzestelsels. Slechts de toekomstige winsten (vruchten en inkomsten) en verliezen zijn dan gemeen. Het staat echter in de macht van partijen, door bepaalde – bij de ontbinding der wettelijke gemeenschap aanwezige – niet ten name staande zaken in de huwelijksvoorwaarden niet – c.q. onvoldoende – te omschrijven, deze gemeenschappelijk te houden. Met betrekking tot deze goederen wordt de gemeenschap dan voortgezet.

Ook het vierde geval omvat diverse mogelijkheden. Zo kan een gemeenschap van bepaaldelijk aangeduide zaken worden omgezet in een gemeenschap van slechts naar de soort bepaalde zaken, waarbij m.i. – tenzij van een andere bedoeling van partijen blijkt – zal moeten worden aangenomen, dat de *thans* reeds aanwezige goederen van die soort door hen in de nieuwe gemeenschap worden ingebracht. Kunnen de *thans* reeds gemene goederen van de gemeenschap deel uitmaken, dan wordt in dit opzicht dus wederom de gemeenschap gecontinueerd. Is dit onmogelijk, bv. omdat een gemeenschap van inboedel wordt vervangen door een gemeenschap van effecten, dan zal de eerstbedoelde gemeenschap zijn ontbonden en de inboedel tussen partijen moeten worden gescheiden. Wordt een gemeenschap van bepaalde goederen of naar de soort bepaalde goederen omgezet in een wettelijk keuzestelsel als de gemeenschap van winst en verlies, dan geldt het hierboven aan het slot van de bespreking van het derde geval opgemerkte: de bestaande gemeenschap wordt ontbonden en het keuzestelsel begint in principe met een blanke lei. Door niet ten name staande zaken uit de ontbonden gemeenschap niet of onvoldoende te omschrijven hebben de echtgenoten echter de mogelijkheid in handen deze goederen in de nieuwe gemeenschap te doen belanden. Ook de tegengestelde figuur – de overgang van een wettelijk keuzestelsel naar een gemeenschap van bepaalde of slechts naar de soort bepaalde zaken – valt onder een der hierboven reeds besproken gevallen, daar ten aanzien van bepaaldelijk aangeduide reeds aanwezige zaken de gemeenschap wordt voortgezet, terwijl indien een gemeenschap van naar de soort aangeduide zaken wordt geïntroduceerd, alle aanwezige zaken van die soort n.m.m. daarin zullen worden opgenomen, tenzij van een tegengestelde bedoeling van partijen blijkt.

Het juridisch meest belangwekkende geval biedt, naar ik meen, de vervanging van het ene wettelijke keuzestelsel door het andere. Vervanging van de gemeenschap van winst en verlies door de gemeenschap van vruchten en inkomsten, betekent m.i. slechts, dat partijen sedert heden een door toekomstige feiten veroorzaakt uiteindelijk verliessaldo niet meer gemeenschappelijk wensen te dragen, doch voor rekening willen laten van de echtgenoot, die dit zal veroorzaken. Deze omzetting zal de bestaande zakenrechtelijke verhoudingen dan niet aantasten.

Vindt de omzetting in omgekeerde volgorde plaats, dan betekent dit dat partijen voor het vervolg ook hun verlies wensen te delen, doch dat een eventueel thans aanwezig verliessaldo moet worden afgerekend ten laste van de veroorzaker. Ook hier zie ik dus enkel intern-obligatoire gevolgen; de externe eigendomsverhoudingen blijven bestaan en de bestaande gemeenschap wordt niet ontbonden.

Wij bevinden ons echter op het terrein der partij-autonomie en partijen kunnen derhalve ook van een andere bedoeling doen blijken; het staat hun vrij om de bestaande gemeenschap ook zakenrechtelijk op te heffen en te scheiden om aldus het nieuwe keuzestelsel met een onbeschreven blad te beginnen.

De vijfde figuur biedt nu geen nieuwe aspecten meer. Een meer of minder beperkte gemeenschap treedt in en het zal van haar aard en inhoud, doch mede van de wil van partijen, afhangen of thans reeds aanwezige zaken terstond tot die gemeenschap gaan behoren. *Voortzetting* van enige vorm van huwelijksgemeenschap is hier onmogelijk; wel is het niet uitgesloten, dat partijen goederen in mede-eigendom bezitten, doch dit is een vorm van vrije gemeenschap als bedoeld in art. 205 lid 3 (in fine). Kan ook de vorm van gemeenschap, die partijen thans invoeren, deze goederen niet omvatten, dan blijft uiteraard deze vrije gemeenschap door de wijziging in het goederenstelsel onberoerd tot de echtgenoten besluiten haar door scheiding en deling op te heffen.

Het zesde geval is het meest eenvoudige. Hier ontstaat de in beginsel totale versmelting der privé-vermogens van partijen met een eventueel reeds tussen hen bestaande huwelijksgemeenschap tot één vermogensmassa, waarvan slechts zullen zijn uitgezonderd de in art. 175 lid 1 bedoelde door erfflater of schenker van de gemeenschap uitgesloten goederen, terwijl naar de in Hoofdstuk II Deel A § 2 behandelde regels hoogst persoonlijke goederen slechts gemeen zullen worden voorzover hun bijzonder karakter zich daartegen niet verzet. Aldus is de wettelijke gemeenschap tussen de echtgenoten ingevoerd c.q. hersteld; deze gaat onder het evenvermelde voorbehoud derhalve mede omvatten alle toekomstige verkrijgingen. Zakenrechtelijk is aldus het resultaat geen ander dan zou zijn ontstaan in het geval, dat de wettelijke gemeenschap van de huwelijkssluiting af tussen partijen had bestaan. Dit is echter geen uitzondering op het hierboven (vgl. Deel A § 5 van dit Hoofdstuk) aanvaarde beginsel der externe werking ex nunc van staande huwelijk gesloten huwelijksvoorwaarden, doch het noodzakelijk gevolg van de universele werking der wettelijke gemeenschap¹.

Bij het bovenstaande dienen nog twee opmerkingen te worden gemaakt. Vooreerst zij gezegd, dat slechts gewezen is op het ex-

¹ Vgl. echter het op p. 192 in noot 1 hieromtrent opgemerkte.

tern-zakenrechtelijk gevolg der omzettingsfiguren. In elke constructie bestaat echter de mogelijkheid, dat de echtgenoten een voor hun interne verhouding van het extern-zakenrechtelijk gevolg der omzetting afwijkende obligatoire regeling treffen¹. Ook dit is dan een regeling van huwelijksvoorwaarden, die de rechterlijke goedkeuring van art. 204 moet verwerven, terwijl dient te worden bedacht, dat een zodanige regeling een schending van het schenkingsverbod van art. 1715 kan inhouden, die – indien zij valt buiten de grenzen van de artt. 223 e.v. – derhalve aan nietigheid lijdt.

Tenslotte dient in deze beschouwing nog aandacht te worden geschonken aan het rechtsgevolg van omzettingsfiguren met betrekking tot de schulden der echtgenoten. Dit is begrijpelijk, daar het gemeen zijn der schulden een geheel andere betekenis heeft². Het al dan niet gemeenschappelijk zijn van schulden uit zich in twee aspecten, dat der – externe – verhaalsaansprakelijkheid en dat der – interne – draagplicht. Bovendien dient onderscheid te worden gemaakt tussen reeds bestaande en toekomstige schulden.

Wat beide soorten betreft is echter het rechtsgevolg der omzetting met betrekking tot de *interne draagplicht* eenvoudig te omschrijven: het zal afhangen van de inhoud der contractuele regeling, met dien verstande, dat bij de gemeenschappen van winst en verlies en van vruchten en inkomsten de regel van art. 218 partijen te hulp komt door te bepalen welke schulden in deze stelsels gemeenschappelijk zijn.

De *verhaalsaansprakelijkheid* raakt echter onmiddellijk de belangen van derden. De regeling hiervan is daarom aan de partij-autonomie onttrokken en ligt in de wet dwingend vast; vgl. de artt. 176, 183 en 208. De aanspraken van toekomstige schuldeisers zal men dan ook aan de hand van deze bepalingen kunnen vaststellen.

Met betrekking tot bij de omzetting reeds bestaande schulden, zal men rechtsdogmatisch kunnen opmerken, dat door een daad van de zijde van hun debiteur(en) voor schuldeisers geen verkregen rechten verloren kunnen gaan, doch dat zij anderzijds wel feitelijk door de omzetting gebaat kunnen worden, indien bv. door de omzetting een gemeenschap wordt gevormd en daarin mede het vermogen van de echtgenoot van hun schuldenaar belandt.

Feitelijk kunnen zij echter evenzeer door de omzetting de waarde van hun verhaalsmogelijkheden zien slinken. Dit aspect kwam ter sprake in Deel A § 3 van dit Hoofdstuk. De rechter zal hier bij de beoordeling van het ontwerp der huwelijksvoorwaarden met deze benadelingsmogelijkheid terdege rekening moeten houden. De opneming der hoofdelijkheidsclausule betreffende bestaande gemeenschapsschulden in een ontwerp van huwelijks-

¹ Vgl. het bovenaangehaalde arrest H.R. 17 febr. 1961, N.J. 1961 no. 177.

² Vgl. Hoofdstuk II Deel A § 4.

voorwaarden, waarin de bestaande gemeenschap wordt opgeheven, zal naar omstandigheden geen overdreven eis zijn.

Ad c

In art. 223 heeft de Wet van 14 juni 1956 min of meer plichtmatig de woorden „de aanstaande echtgenoten” vervangen door „de echtgenoten of aanstaande echtgenoten”, dit als technische consequentie van het novum van art. 204. Hierdoor zijn schenkingen tussen echtgenoten bij huwelijksvoorwaarden mogelijk geworden, hoewel de wetgever van 1956 het schenkingsverbod van art. 1715 heeft gehandhaafd. Deze handhaving dient men evenwel aldus te verstaan, dat, ondanks de reeds jaren bestaande en steeds groeiende drang tot afschaffing van dit verbod, art. 1715 bij de voorbereiding van de Lex Van Oven niet of nauwelijks in discussie is gesteld. Ook hier wreekt zich m.i. de overhaaste methode van wetgeving, die is gevolgd. Nu het schenkingsverbod als hoofdregel is gehandhaafd, ware tenminste bezinning nodig geweest op de door de invoering van art. 204 en de wijziging van art. 223 ontstane mogelijkheden tegen de achtergrond van dit verbod.

Na de invoering der wetsherziening is het onderzoek hiernaar eerst langzaam op gang gekomen. Wij dienen daarbij af te rekenen met de vele misverstanden, die zijn ontstaan. Het belangrijkste van deze misverstanden is n.m.m., dat aan het schenkingsverbod van art. 1715 thans gederogerd zou worden door het enkele feit, dat de wet het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk toelaat (art. 204). Voorts is verdere verwarring ontstaan, omdat men het begrip huwelijksvoorwaarden is gaan uitbreiden tot buiten zijn grenzen.

Begrijpelijk is het overigens wel, dat het gestelde probleem is gerezen, wanneer men bedenkt, dat zich in hoofdzaak de volgende drie grondvormen van al of niet vermeende bevoordeling kunnen voordoen:

1. door invoering der wettelijke gemeenschap vloeien twee ongelijk grote privé-vermogens samen;
2. door opheffing der bestaande gemeenschap ontstaat een onverdeeldheid, die terstond, in de akte van huwelijksvoorwaarden, wordt gescheiden, echter zodanig, dat aan de ene echtgenoot ten koste van de ander een grotere waarde dan zijn aandeel uitmaakt wordt toebedeeld;
3. partijen sluiten bij een omzetting van stelsel tevens een verrekeningsovereenkomst betreffende het verleden en rekenen dientengevolge anders af dan de tot heden bestaande zakenrechtelijke verhouding aan ieder hunner toewijst.

Bij de oplossing van de hier rijzende vragen zal men, naar ik meen, moeten uitgaan van de praemissen:

– dat art. 1715 een algemeen luidende verbodsbepaling inhoudt, waarop slechts inbreuk kan worden gemaakt in de gevallen, die

de wet uitdrukkelijk noemt, derhalve slechts door de kleine schenkingen van art. 1715 lid 2 en door de huwelijksgiften der artt. 223 e.v.;

- dat van de laatstgenoemde giften hier slechts van belang zijn de giften van „tegenwoordige en bij de akte bepaaldelijk omschreven goederen” (art. 223), welk begrip op grond van de voorgaande rechtsregel eng moet worden uitgelegd;
- dat deze giften echter op zich geen overeenkomst van huwelijksvoorwaarden zijn – behoudens het hier te verwaarlozen geval, dat zij de betekenis hebben de geschonken zaken van de gemeenschap uit te sluiten – en op die grond geen rechterlijke goedkeuring cf. art. 204 behoeven;
- dat ook de scheiding van een door huwelijksvoorwaarden ontbonden vorm van gemeenschap op zich geen overeenkomst van huwelijksvoorwaarden is;
- dat de rechterlijke goedkeuring van art. 204 geen enkele waarborg biedt voor de materieelrechtelijke geldigheid der goedgekeurde handelingen;
- dat ook wanneer *partijen* met een handeling een bevoordeling beogen, enkel op deze grond nog niet geoordeeld hoeft te worden dat hun handeling een schenking in materiële zin vormt, omdat *het recht* beslist of een gebeuren als een schenking in materiële zin moet worden opgevat¹.

Ik meen, dat deze vooropstellingen mijnerzijds geen nader bewijs behoeven; de eerste vijf heb ik reeds behandeld (vgl. in hoofdzak Deel A § 1 en 3 van dit Hoofdstuk) en de laatste is m.i. niet voor betwisting vatbaar. De gestelde grondvormen kunnen dan ook thans worden behandeld.

1. Het eerste geval kan men niet uitsluitend afdoen met de opmerking, dat toch ook het huwen in de wettelijke gemeenschap van twee personen met ongelijk grote vermogens door het recht niet wordt beschouwd als een schenking in materiële zin aan degene hunner, die het kleinste vermogen aanbrengt. De boedelmenging wordt immers geacht een door de *wet* aan het *huwelijk* verbonden gevolg te zijn, hetgeen niet anders wordt, indien partijen bij huwelijksvoorwaarden vóór het huwelijk een der wettelijke keuzestelsels overeenkomen, doch in art. 205 lid 1 bedoelde goederen niet of onvoldoende omschrijven, zodat deze gemeenschappelijk worden.

¹ Een analogon vindt ik in het begrip „rechtshandeling”: ook al zou ik opzettelijk een onrechtmatige daad plegen met het doel een schuld te doen ontstaan, daarmee wordt mijn daad nog geen rechtshandeling. Zij is het slechts dan, wanneer het *objectieve recht* aanneemt, dat het rechtsgevolg is beoogd. Vgl. Van Apeldoorn „Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht”, 11de druk p. 165.

Evenmin kan, als partijen een beperkte gemeenschap van slechts naar de soort aangewezen zaken, bv. effecten, overeenkomen, doch overigens iedere gemeenschap uitsluiten, worden gezegd, dat een materiële schenking plaats heeft, indien daardoor ongelijk grote vermogenswaarden tot een gemeenschap worden verenigd. Iedere vorm van gemeenschap, hoe beperkt van omvang ook, moet in een rechtsstelsel als het onze beschouwd worden als een wettelijke gemeenschap waarvan de omvang en de rechtsgevolgen in meerdere of mindere mate door overeenkomst zijn besnoeid en teruggedrongen. In de zaken der door de huwelijksluiting ontstane – al dan niet beperkte – gemeenschap worden de echtgenoten dan ook over en weer gerechtigd door *boedelmenging*, zijnde geen op overeenkomst doch een op de wet steunende wijze van eigendomsverkrijging. Op deze gronden werd – en wordt ook heden – de bevoordeling van een der echtgenoten, die uit deze boedelmenging resulteert, niet als schenking beschouwd, ook al zou bij de betrokken partijen de opzet tot onderlinge bevoordeling aanwezig zijn geweest.

Het objectieve recht maakt zich los van deze bedoelingen. Het huwelijksvermogensrecht ondergaat hier de invloed van het huwelijksrecht, waarmede het nauw verbonden is. De wetgever onderstelt bij partijen die een huwelijk aangaan niet allereerst geldelijke motieven.

Dit is slechts in één enkel opzicht anders: van de hertrouwende echtgenoot wordt door de wet aangenomen, dat hij de tweede echtgenoot heeft willen bevoordelen door boedelmenging, indien in dit tweede huwelijk een vorm van gemeenschap heeft bestaan, die uiteindelijk aan de tweede echtgenoot een vermogensvoordeel blijkt te hebben opgeleverd (artt. 236 e.v.). Eens te meer blijkt echter hieruit, dat slechts het objectieve recht beslist of het resultaat van een handeling als schenking moet worden geduid, want de bepalingen der *lex hac edictali* kunnen evenzeer door de voorkinderen worden ingeroepen, wanneer aan hun ouder zelfs iedere gedachte aan bevoordeling van deze tweede echtgenoot vreemd is geweest. Voor de toepassing van de bepalingen betreffende de legitieme portie, de inbreng en de *actio Pauliana* (art. 1377) is echter – evenals voor de toepassing van het fiscale recht – i.c. van geen schenking sprake, ook al zouden *partijen* zelf deze hebben beoogd.

Hieruit volgt tevens, dat het objectieve recht aan het schenkingsbegrip geen absoluut geldende inhoud toekent¹. Wij zullen steeds een rechtshandeling of een ander door partijen gewild rechtsfeit moeten beschouwen in relatie tot een *bepaald* wetsvoorschrift en ons moeten afvragen hoe het objectieve recht het daarin

¹ Niet steeds spreekt de wet daarbij van „schenking”; vgl. de artt. 277–279 („voordelen”), 960 („giften”), vooral in verband met art. 969), 1132 („schenkingen”), echter in verband met de artt. 1142 en 1143), 1377 („handelingen om niet”). Vgl. in dit verband Van der Ploeg in W.P.N.R. 4502 en Suijling VII no. 36.

opgenomen begrip schenking kennelijk *in dit geval* wenst te duiden.

Ook langs deze weg kunnen wij nu het probleem benaderen, dat na de wetsherziening van 1 januari 1957 is ontstaan door de invoering van art. 204. Het lijkt mij niet voor tegenspraak vatbaar, dat bij deze invoering aan de vraag hoe deze bepaling moest worden gezien in het licht van het behoud van art. 1715 geen enkele aandacht is besteed. Dit veroordeelt m.i. reeds de stelling, die nadien vrij algemeen is geponeerd, dat de invoering van art. 204 op zich reeds een nieuwe – derde – uitzondering op art. 1715 zou vormen, althans inbreuken hierop zou toestaan¹. Niet alleen spreekt hier echter het feit, dat de wetgever zich van het maken van een dergelijke uitzondering in het geheel niet bewust is geweest, daarenboven dient te worden bedacht, dat het uit een oogpunt van wetstechniek een zonderlinge zaak zou zijn een voorschrift, dat zich ten doel stelt een geheel andere materie te regelen (art. 204), te moeten zien als derogerende regel ten opzichte van een elders voorkomende verbodsbepaling, waarmede het blijkens zijn tekst geen enkel element gemeen heeft.

Reeds om deze algemene reden kan het staande huwelijk invoeren van een vorm van gemeenschap geen door art. 1715 verboden handeling zijn, zelfs al wordt door partijen daarmede uit vrijgevigheid een bevoordeling van een hunner beoogd. Daarmede staat vast, dat de wet deze rechtshandeling niet als schenking beschouwt. Ook verder doordenken van het probleem versterkt deze conclusie slechts.

Vooreerst toch kan men het doen werken der boedelmenging staande huwelijk zien als een herstel der door de wet gewilde gemeenschap, die partijen bij overeenkomst geheel of ten dele uitsloten, doch op welke uitsluiting zij thans wensen terug te komen. Door welke motieven partijen zich daarbij lieten leiden is irrelevant; dit kan het bevoordelingsmotief zijn, doch evenzeer een andere overweging². Deze bedoelingen zijn hier even weinig juridisch relevant als bij het huwen in algehele of beperkte gemeenschap.

Voorts verdient nog het volgende argument de aandacht. Gesteld, dat de invoering staande huwelijk van een algehele of beperkte gemeenschap in beginsel wel als schenking zou moeten worden opgevat, dan zou men toch in de optredende boedelmenging het – door art. 1715 verboden – schenkingsgebeuren

¹ Aldus Polak p. 35 en in W.F.R. no. 4315, Dozy W.P.N.R. 4563, De Bruijn p. 383 e.v., Prakken p. 13, Van Duyn W.P.N.R. 4505 en Klein, prae-advies Broederschap Cand. Not. 1962 p. 56 e.v.

² Zo werd door Hof Amsterdam 11 nov. 1959, N.J. 1960 no. 286, goedgekeurd het beding, dat de echtgenoten na afloop van elk jaar ter verdeling bijeenvoegen hetgeen van hun inkomen in dat jaar onverteerd is. Ik acht zulks juist, daar ook hier een beperkte (verreken-)gemeenschap wordt hersteld, zodat art. 1715 hier in het geheel geen rol speelt. De overweging van het Hof, dat het beding toelaatbaar is, omdat i.c. van geen vrijgevigheid sprake was, acht ik daarom overbodig. Vgl. echter Klein t.a.p. p. 59.

moeten kunnen ontwaren. Een schenking in materiële zin wordt meestal omschreven als: het om niet uit het eigen vermogen in het vermogen van de wederpartij doen overgaan van enige waarde¹. De eis der vrijgevigheidsbedoeling laat ik hierbij rusten. Wil een waardeverschuiving onder art. 1715 vallen, dan zal men m.i. – vgl. het hierboven in Hoofdstuk I § 10 opgemerkte – bovendien moeten eisen, dat zij staande huwelijk plaats vindt en onherroepelijk een dadelijk voordeel beduidt. De vraag is nu of het aangaan van een gemeenschap een zodanige waardeverschuiving is. Het antwoord moet zijn, dat in vrijwel alle beschouwingen dezer vraag te weinig aandacht is geschonken aan het feit, dat het begrip „gemeenschap” twee betekenissen heeft (vgl. Hoofdstuk II Deel A § 1 slot.) Primair staat de betekenis van „blijvende vermogensrechtelijke band” uit de artt. 174 en 178. De mede-eigendom der activa is hiervan één aspect. Dat deze uiteindelijk bij helfte worden gedeeld (art. 181) is slechts één der door de wet aan het aangaan der gemeenschap verbonden rechtsgevolgen. Alleen door het gehele verloop der ontstane gemeenschap af te wachten, kan worden beslist voor wie de gemeenschap voordelig is geweest². Het aangaan van een gemeenschap betekent immers de aanvaarding van veelsoortige risico's; van verkrijgingen, die men anders in privé had genoten, profiteert nu ook de andere echtgenoot en alle uit wet of overeenkomst in diens persoon ontstane schulden, die de schuldenaar in privé had moeten dragen, vallen nu ten laste van beide echtgenoten. Door de ongewissheden, die het leven biedt, kan daarom een ogenschijnlijk voor de één voordelige boedelmenging gemakkelijk verkeren in het tegendeel.

Het was m.i. ook deze beschouwingswijze, die in het in noot 2 genoemde arrest van de Hoge Raad van 28 januari 1959 zwaar heeft gewogen. Tevoren had de Hoge Raad echter nog een ander argument aangevoerd om de beweerde vermogensverschuiving tengevolge van de invoering der wettelijke gemeenschap vrij te stellen van de heffing van schenkingsrecht, door te overwegen, dat de begiftigde bij een schenking de beschikking pleegt te verkrijgen over de hem toegeschoven vermogenswaarde, doch dat i.c. van door „de begiftigde” verkregen beschikkingsrechten geen sprake is nu de „geschonken” waarde deel uitmaakt van een gebonden – niet voor scheiding vatbare – gemeenschap, waarin de van „de schenker” afkomstige zaken krachtens het beginsel van art. 177

¹ Of ruimer omschreven: de bewuste en onverplichte veroorzaking van eigen vermogensvermindering, die een vermogensvermeerdering van een ander tot gevolg heeft; vgl. Dijk, prae-advies Broederschap Cand. Not. 1962 p. 13 en de daar vermelde literatuur, alsmede Buining, prae-advies Broederschap Not. 1962 p. 10 en Nouwen, ibidem p. 41.

² Aldus reeds voor de toepassing van art. 236: H.R. 3 mei 1907, W 8542. Voor de vraag of schenkingsrecht verschuldigd is bij de invoering van de algehele gemeenschap staande huwelijk: H.R. 28 jan. 1959 N.J. 1959 no. 171 en W.P.N.R. 4573 (beschouwing door Van Duyn, die als datum van het arrest 29 januari opgeeft!).

onder diens bestuur blijven, zodat „de begiftigde” in feite geen enkele zeggenschap verkrijgt, hetgeen toch een conclusie is, die zich moeilijk met het schenkingsbegrip laat verenigen.

Dit argument heeft n.m.m. echter slechts illustratieve betekenis naast de hierboven gevolgde principale redenering. Afzonderlijk heeft het geen beslissende waarde, omdat door een gelyktijdige bestuursoverdracht zeggenschap over „het geschonkene” kan worden verschaft. Langs deze weg alleen komt men dan ook niet tot het juiste inzicht. Hiertoe kan men slechts komen, als men inziet, dat de invoering ener gemeenschap, ook staande huwelijk, een gebeuren is, dat onder *geen enkele* omstandigheid door art. 1715 wordt beroerd.

Maar als de invoering van de wettelijke gemeenschap of van een vorm van beperkte gemeenschap geen schenking is in de zin van art. 1715, kan zij het dan wel in *andere* zin zijn? Voor de toepassing van art. 236 kan dit – gelijk gezegd – zo zijn, doch ook bv. voor de toepassing der bepalingen betreffende de legitieme portie of voor de heffing van het schenkingsrecht? Indien immers de bevoordelingsbedoeling duidelijk is en de vermogens der echtgenoten zeer verschillend zijn terwijl de bovenbedoelde risico's van toekomstige mutaties daarin practisch uitgesloten zijn, zou men kunnen betogen, dat de hierboven gegeven juridische beschouwingswijze geen reele waarde bezit.

Wie zo redeneert, miskent echter het wezen der huwelijksgemeenschap in algemene of beperkte vorm. Zij is een door de wet – krachtens aanvullend recht – aan het huwelijk verbonden rechtsgevolg. Indien men staande huwelijk een vorm van gemeenschap invoert, doet men niets anders dan geheel of ten dele een bestaand contractueel beding opheffen, waardoor dit rechtsgevolg werd tegengehouden. Bij de ontbinding der gemeenschap geeft *de wet* de verdeelsleutel aan en eerst dan treedt verschuiving op in activa en passiva. Ook de bepaling van dit oogenblik der ontbinding is echter aan de eenzijdige wil van één der partijen onttrokken.

Ik kan niet inzien hoe men onder deze omstandigheden – zelfs in het in cijfers sterkst sprekende geval – in dit fenomeen een schenking, ook in *andere* zin dan die van art. 1715, zou kunnen worden gezien – buiten de uitzonderlijke bepaling van art. 236 – zonder tevens het huwelijk in enige vorm van vermogensgemeenschap zelf naar dezelfde maatstaven te beoordelen. Dit laatste wenst niemand te doen; waarom dan i.c. zoveel twijfel is gerezen, is moeilijk in te zien¹.

¹ Merkwaardigerwijs is dit, tegen de door mij als heersend beschouwde leer der op p. 225 in noot 1 genoemde schrijvers in, op grond van doorgaans andere overwegingen, ook de leer der notariële practici, vgl. Van der Ploeg W P N R 4502, 4469 en 4486, Holterman W P N R 4497 (m o v Van der Ploeg), Chr. Lubbers W P N R 4583 en Buining, prae-advies Broederschap Not. 1962 p. 13/18, waarvan ik bij het ter perse gaan dezer regels nog juist kon kennisnemen. Vgl. ook het commentaar hierop van Van Duyn in W P N R 4734, bij wie ik als m. 1 typerend blijk van onjuist inzicht de zinsnede vond, dat bij invoering ener gemeenschap

2. Veel minder gecompliceerd is de tweede grondfiguur. De opheffing der gemeenschap brengt noch in juridische, noch in economische zin enige vermogensverschuiving teweeg. De ontbinding der gemeenschap betekent slechts, dat een voor scheiding vatbare onverdeeldheid is ontstaan, waarin men thans ieders aandeel met een breuk kan aanduiden. Van een schenking in de in art. 1715 bedoelde zin is dan ook geen sprake. Wederom is de bedoeling van partijen i.c. rechtens irrelevant, daar de handeling de door het objectieve recht aanvaarde kenmerkende elementen der schenking mist. Weliswaar is tengevolge van de ontbinding der gemeenschap thans de kans ontstaan, dat aan een der echtgenoten vermogen opkomt, dat hij anders met de ander had moeten delen, zodat de ontbinding hem achteraf voordeel kan hebben gebracht, doch het omgekeerde kan zich evenzeer voordoen. Het uiteindelijk resultaat hiervan zou echter niet een door schenking verkregen waarde zijn¹.

De bevoordeling ontstaat eerst – en is indien zij uit vrijgevigheid geschiedt in beginsel een door art. 1715 verboden schenking – zodra men bij de scheiding der onverdeeldheid aan één der echtgenoten meer en mitsdien aan de ander minder toedeelt, dan waarop hij recht kan doen gelden. De hier onmiddellijk intredende vermogensverschuiving kan slechts aan het schenkingsverbod worden onttrokken door haar te effectueren langs de weg, die de wet daarvoor heeft aangewezen in art. 224. Zij dient te geschieden bij huwelijksvoorwaarden en moet „tegenwoordige en bij de akte bepaaldelijk omschreven goederen” betreffen. Het is mij onbegrijpelijk hoe verdedigd kan worden, dat men een weg, die de wet duidelijk aangeeft om aan het schenkingsverbod te ontsnappen, niet behoeft te volgen. De eis, dat de schenking tegenwoordige en bepaaldelijk omschreven goederen moet betreffen, brengt evenwel m.i. nog niet noodzakelijk mede, dat hier slechts formele schenkingen toegelaten zijn. Ook een specifiek omschreven kwijtschelding van schuld zal daaronder vallen. Een door de echtgenoten uit liberaliteit gewilde ongelijke scheiding kunnen zij derhalve op twee wijzen tot stand brengen. Op de eerste plaats kan een bepaald goed bij wege van schenking „*préciputair*” aan één hunner worden toegescheiden zonder uitkeringsplicht wegens overbedeling, waarna de overige goederen der onverdeeldheid gelijkelijk worden verdeeld. Ook echter kunnen zij terstond twee ongelijke porties vormen en deze toescheiden, waarbij zij op grond van de waardering der verdeelde goederen een uitkering wegens overbedeling vaststellen. Vervolgens dient de gerechtigde tot de uitkering deze aan de schuldenaar kwijt te schelden. Deze uitkerings- „de bezittende echtgenoot... *op dat moment* toch aan de niet-bezittende *het recht op de helft van zijn bezit*” geeft!

¹ Tot welk resultaat men komt als men deze maatstaf prijs geeft toont Klein, prae-advies Broederschap Cand. Not. 1962 p. 60, die hier een schenking aanwezig acht op grond van „het prijsgeven van de *rechtsverhouding*” uit liberaliteit. Aldus wordt echter in 1 het schenkingsbegrip tot ver buiten zijn grenzen uitgebreid.

verplichting en de daarop volgende kwijtschelding daarvan voldoen m.i. slechts dan aan de door art. 224 gestelde eis der specificatie, indien het bedrag der kwijtgescholden vordering in de akte is genoemd.

Men werpe niet tegen, dat dit een onnodig formalisme is. De ratio legis en de historische betekenis der door art. 224 geëiste specificatie is, dat de echtgenoot, die een schenking wenst te doen, zich nauwkeurig dient te realiseren hoe groot de door hem afgestane vermogenswaarde is¹.

Deze aan de in de artt. 224 e.v. neergelegde uitzondering op het schenkingsverbod ten grondslag liggende gedachte levert nog een laatste argument op tegen de door mij hierboven verworpen opvatting, dat in de wijziging van het goederenstelsel op zich reeds een schenking kan schuilen, die echter door art. 204 gesanctionneerd zou zijn. Indien dit werkelijk als een schenking, bij uitzondering onttrokken aan de werking van art. 1715, zou moeten worden beschouwd, dan zou zij toch wel zeer onoverzichtelijk zijn, hetgeen de wetgever blijkens de in art. 224 belichaamde lex specialis een gevaar acht, dat hij juist wil keren.

3. Het derde geval kan zich in verschillende varianten voordoen. Men denke hier bv. aan het beding, waarin partijen, die het tussen hen tot heden bestaan hebbende stelsel van uitsluiting van elke gemeenschap van goederen omzetten in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen, overeenkomen, dat zij zullen afrekenen alsof deze gemeenschap reeds van de aanvang van hun huwelijk af tussen hen had bestaan. Dit beding is door de Hoge Raad bedoeld in zijn slotoverweging van het arrest van 17 februari 1961², dat hierboven meermaals ter sprake kwam. De vraag

¹ De woorden „betrekkelijk tot” in art. 224, moeten worden verstaan als „bestaande uit”, aldus de heersende leer o a Diephuis IV p 373, Klaassen-Eggens-Polak p 105, Asser-Scholten-Wiarda p 301, Melis in W P N R 3877 en Dozy in W P N R 4563. Wetshistorisch blijkt de eis der specificatie uit Voorduin II p 398. Voor het komende recht is de eis der bepaaldheid nog verscherpt: de artt. 1831 en 1833 Nieuw B W eisen in overeenstemming met het Ontwerp-Meyers „tegenwoordige en bij de akte *nauwkeurig* omschreven goederen”. Waar verleden en toekomst zo spreken, zie ik geen vrijheid voor het heden anders te oordelen. Vgl. omtrent de vraag of in art. 224 ook andere dan formele schenkingen bedoeld zijn, in verschillende zin: De Bruijn p 370 en 383, Dozy in W P N R 4563, Van der Ploeg in W P N R 4486 en Klein, prae-advies Broederschap Cand. Not. 1962 p 66 (noot 74). Zie ook H R 7 oktober 1959, B N B 1959 no 355 en W P N R 4612 (beschouwing door Van Duyn), in welk arrest bij ongelijke scheiding de heffing van schenkingsrecht juist werd geacht, hetgeen echter civielrechtelijk weinig beduidt nu art. 1 der Successiewet 1956 de heffing van schenkingsrecht ook toelaat bij een nietige schenking. Van Duyn t a p ziet ten onrechte de scheiding als een regeling van huwelijksvoorwaarden en de door de rechter goedgekeurde scheiding als een geldige gift.

² N J 1961 no 177, Ars Aequi maart 1962 p 166 m o v De Bruijn; vgl. het op p 194 in noot 2 daaromtrent opgemerkte. Partijen, die de wettelijke gemeenschap invoerden, wensten hieraan terugwerkende kracht toe te kennen, doch vonden noch bij de Rb, noch bij het Hof, gehoor, waarop zij in cassatie trachtten de stelling ingang te doen vinden, dat deze terugwerkende kracht althans „met interne werking” behoorde te worden toegelaten. De H R verwierp deze stelling met de

lijkt gewettigd welke zin een zodanig beding kan hebben nu in dit geval toch een algehele samenvoeging van beider vermogensbestanddelen plaats vindt, zodat het weinig verschil lijkt te maken of deze versmelting *ex nunc* of *ex tunc* intreedt.

Het antwoord hierop ligt besloten in de regeling van de artt. 236 e.v. en wel met name in de bepaling van art. 240. Een zodanige clausule zou slechts redelijke zin kunnen hebben, indien het een tweede huwelijk van een der betrokkenen betreft. De hertrouwde beoogt dan met het beding aan de nieuwe echtgenoot later een grotere waarde toe te kennen, dan aan deze na inroeping van het bepaalde in art. 236 door boedelmenging zakenrechtelijk zou toekomen. Is de boedelmenging immers voor de laatstgenoemde voordelig, dan kan dit voordeel tot de wettelijke limiet worden ingekort. Als „voordeel” geldt echter niet de eigen aanbreng van de nieuwe echtgenoot, noch diens helft in de tijdens het bestaan der gemeenschap samen gemaakte winst (art. 240). Zonder het beding zou nu de nieuwe echtgenoot niet de helft verkrijgen van de vóór de wijziging der huwelijksvoorwaarden door de hertrouwde gemaakte winst. Deze winst zou immers gelden als „aanbreng” van de hertrouwde, waarin de nieuwe echtgenoot slechts een kindsdeel, met een maximum van $\frac{1}{2}$, kan verkrijgen. Het beding heeft nu ten doel ook van deze winst aan de nieuwe echtgenoot de in art. 240 bedoelde helft te doen toekomen.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest overwogen, dat een zodanig verrekeningsbeding „zeker mogelijk” is. Daarbij is de vraag naar zijn geldigheid in het licht van art. 1715 echter niet in het geding geweest. Toch is deze vraag m.i. gewettigd, indien partijen met de clausule uit vrijgevigheid aan de nieuwe echtgenoot een vermogensvoordeel pogen te verzekeren. Het is mogelijk, dat deze vraag niet aan de orde komt, omdat men het beding een redelijke verzorging van het levensonderhoud van de nieuwe echtgenoot gediend wordt voor het geval deze de langstlevende is. Is echter in de handeling een zuivere liberaliteit te onderkennen, dan meen ik, dat men aan het gevaar van art. 1715 slechts kan ontsnappen door de weg te volgen, die in de wet duidelijk is aangegeven, nl. door gebruikmaking van de uitzonderingsbepalingen van de artt. 223 e.v.. Dit betekent in concreto, dat partijen in de akte van huwelijksvoorwaarden dienen te verklaren hoe groot het vermogensvoordeel is, dat door het beding aan de nieuwe echtgenoot wordt verzekerd, althans, dat zij in bedragen nominatim behoren uit te drukken hoe groot de door ieder der echtgenoten tot heden in privé behaalde vermogensvooruitgang is, die zij als winst wensen te beschouwen en waarvan bij latere ontbinding der gemeenschap de helft aan de nieuwe echtgenoot zal toevallen. Uit de vermelding dezer winstcijfers, die het onderwerp van het ver-

opmerking, dat „het Hof kennelijk zodanige verrekeningsovereenkomst niet in het ontwerp van de wijziging van huwelijks voorwaarden opgenomen heeft geacht en zich dan dus over de toelaatbaarheid daarvan niet behoefde uit te laten”.

rekeningsbeding zijn, kan immers de grootte der gift worden afgeleid via een eenvoudige berekening. Men vergelijk hier het voorbeeld gegeven op pag. 192 in noot 1, waarin een verrekeningsbeding in de hier bedoelde zin een vermogensvoordeel van f 105.000.— zou betekenen. Ik vraag mij echter af of de echtgenoten — ook als zij het beding op deze wijze formuleren — hun doel in dit geval wel zullen bereiken. Dit doel is aan de tweede echtgenoot meer te doen toekomen dan hij, volgens de vóór het maken van het beding bestaande situatie, maximaal zou kunnen verkrijgen. Het stelsel, dat de wet ter bescherming der voorkinderen heeft opgebouwd, heeft echter geen mazen. Het is de inroeping van het bepaalde in art. 237, die n.m.m. de uitwerking van het verrekeningsbeding zal tenietdoen.

Vele andere vormen van een verrekeningsbeding zijn denkbaar. Ik denk hierbij aan de andere grondfiguur, waarbij partijen de bestaande wettelijke gemeenschap opheffen en vervangen door het stelsel der uitsluiting van elke gemeenschap, doch daarbij overeenkomen, dat zij de ontbonden gemeenschap zullen afwickelen alsof zij van de aanvang onder het uitsluitingsstelsel waren gehuwd. Geschiedt dit uit liberaliteit, dan is opnieuw deze schenking slechts onaantastbaar door gebruikmaking van art. 224. Zij dient dus „bepaaldelijk omschreven” te zijn, hetgeen betekent, dat indien de afwikkeling geschiedt via een ongelijke verdeling de hierboven beschreven methode moet worden gevolgd, terwijl indien men de ontbonden gemeenschap wel gelijkelijk verdeelt, doch daarnaast een verrekening in geld toepast, het bedrag hiervan in de huwelijksvoorwaardenakte dient genoemd en geschonken te worden, opdat aan de eis der bepaaldheid, gesteld in art. 224, worde voldaan.

§ 2. De uitwerking der wetshervorming op de praktijk der huwelijksvoorwaarden ; resultaten van het gehouden onderzoek

Inleiding

In zijn opstel „Hoeveel huwelijken worden onder huwelijkse voorwaarden gesloten?”, gepubliceerd in W.P.N.R. 4432, sprak De Smidt de hoop uit, dat het binnen afzienbare tijd mogelijk zou zijn een goed overzicht te krijgen van aantal en soort der huwelijkse voorwaarden, zoals die regelmatig in Nederland worden gesloten. Hij noemde dit „de ontginning van een nauwelijks verkend terrein” en zag hier een taak, mede ter beantwoording van de vraag waarom en wanneer huwelijksvoorwaarden worden gemaakt. Met de schrijver ben ik van mening, dat aan de wetenschap al een dienst zou worden bewezen, indien jaarlijks statistische gegevens ter beschikking zouden komen, behalve soort en aantal mede betreffende de regionale frequentie der in Nederland gesloten huwelijksvoorwaarden. Voor de verdere ontwikkeling van het huwelijksvermogensrecht is de praktische realiteit van het bestaande recht van zeer groot belang.

Het was echter vooral het verlangen het antwoord te kennen op de vraag, welke uitwerking een zo ingrijpende wetshervorming, als in de Lex Van Oven belichaamd, op de praktijk der huwelijksvoorwaarden in de jaren onmiddellijk na haar inwerkingtreding zou hebben, dat leidde tot het instellen van een onderzoek over de jaren 1957 tot en met 1961¹. Het waren in hoofdzaak de volgende vier problemen die daarbij op de voorgrond stonden:

- A. 1. Heeft de Wet van 14 juni 1956 een zichtbare invloed gehad op het percentage der huwelijken, dat hier te lande onder huwelijksvoorwaarden wordt gesloten?
2. Hebben de van oudsher bestaande wettelijke keuzestelsels – de gemeenschappen van winst en verlies en van vruchten en inkomsten – zich kunnen handhaven tegen de drang naar uitsluiting van vermogensgemeenschap, al dan niet gepaard gaande met een deelgenootschap van vermogensaanwas?²
- B. 1. Heeft de invoering van de mogelijkheid tot het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk (art. 204) realiter voorzien in een bestaande behoefte?
2. Welke zijn de rechtsfiguren, die zich bij deze laatste mogelijkheid voordoen en welke tendens overheerst hierbij, die naar scheiding van vermogens of naar gemeenschap?

Het uit vorige onderzoeken ter beschikking gekomen materiaal is niet omvangrijk³. Uit de aard der zaak betreffen deze gegevens uitsluitend de onder A gestelde vragen. De onderzoeken betreffende de jaren 1902, 1916 en 1930 leverden ons cijfers omtrent aantal en soort, die over de jaren 1953 en 1954 (De

¹ Het onderzoek werd ingesteld onder auspiciën van het Instituut voor Rechtsgeleerdheid der Katholieke Universiteit te Nijmegen en uitgevoerd onder mijn leiding door een tiental studenten der notariële studierichting. De verkregen resultaten werden welwillend te mijner beschikking gesteld. De moeilijkheden aan dit onderzoek verbonden waren niet gering door het geheel ontbreken van gegevens bij het Centraal Bureau voor de Statistiek, terwijl geen actieve medewerking van de zijde der griffies van de arrondissementsrechtbanken mogelijk was, nu deze met een groot personeelstekort kampen. Wel werd alom bij de griffiers der rechtbanken de grootst mogelijke steun, om in de vorm van welwillende terbeschikkingstelling van lokaliteiten, aangetroffen.

² Toegegeven kan worden, dat deze vraag geen direct verband houdt met de Wet van 14 juni 1956, doch meer met de komende invoering van het Eerste Boek van het Nieuw B W, het daarin geregelde wettelijk deelgenootschap en de daarmee gepaard gaande publicaties ten faveure van dit deelgenootschap.

³ Behalve in het genoemde artikel van De Smidt vindt men het uitsluitend in de volgende publicaties, waaruit ik mede gegevens heb geput.

„Aantal en soort der huwelijksche voorwaarden in 1930 in Nederland gesloten”, verzameld en bewerkt onder leiding van Meijers door Alvares Correa, Hellwig en Spanjersberg (W P N R 3228),

„Aantal en soort der huwelijksvoorwaarden in 1916 in Nederland gesloten”, door J. de Jong (W P N R 2564),

„Is het wenschelijk het beginsel onzer huwelijkswetgeving van wettelijke gemeenschap van goederen te behouden?”, door Ch. Miseroy (Handelingen N J V. 1904, p. 243–246), die de gegevens uit het jaar 1902 verzamelde.

N B De dissertatie van De Lange (Leiden 1920) „De huwelijksvoorwaarden in theorie en in de praktijk” verschafte geen andere gegevens.

Smidt) slechts omtrent het aantal der gemaakte huwelijksvoorwaarden.

A. Vóór het huwelijk gemaakte huwelijksvoorwaarden

1. Uit de evenbedoelde onderzoeken kon men veilig de conclusie trekken, dat het aantal huwelijksvoorwaarden in de periode 1900/1956 in sterke mate gestegen was. De tabel geeft het volgende resultaat:

TABEL I

Aantal huwelijken en huwelijksvoorwaarden in Nederland (1902/1954)

<i>Jaren</i>	1902	1916	1930	1953	1954
Huwelijken	40.071	46.770	62.904	85.737	88.103
Huwelijksvoorwaarden	1.483	2.113	3.732	6.583	6.960
Percentage huwelijken onder huwelijksvoorwaarden	3.70%	4.52%	5.93%	7.68%	7.90%

Uit deze tabel blijkt derhalve, dat gerekend over een periode van 53 jaar het aantal huwelijksvoorwaarden per jaar gemiddeld met 0,08% van het aantal jaarlijks gesloten huwelijken is gestegen. Hierop zou de rekenkundige prognose kunnen worden gebaseerd, dat het aantal huwelijksvoorwaarden in het laatste thans onderzochte jaar (1961) plm. 8.5% van het aantal dan gesloten huwelijken zou moeten uitmaken. Laten wij thans bezien of deze verwachting werd verwezenlijkt.

TABEL II

Aantal huwelijken en huwelijksvoorwaarden in Nederland (1957/1961)

<i>Jaren</i>	1957	1958	1959	1960	1961
Huwelijken	93.522	91.508	88.007	89.100	92.583
Huwelijksvoorwaarden	6.946	6.719	6.550	6.737	6.923
Percentage huwelijken onder huwelijksvoorwaarden	7.43%	7.34%	7.44%	7.56%	7.48%

Het min of meer verrassende resultaat is mitsdien, dat het verwachte percentage bij lange na niet werd gehaald en dat zelfs in stede van een verdere stijging in vergelijking tot de jaren 1953/1954 een daling is ingetreden. Bedroeg immers het gemiddelde van deze jaren 7.79%, over de jaren 1957/1961 werd slechts een gemiddelde van 7.45% behaald.

De verklaring van dit feit is zeker niet eenvoudig. Economische, sociologische, psychologische en juridische factoren kunnen hier een rol hebben gespeeld. Het maken van huwelijksvoorwaarden staat – gelijk ik nader zal illustreren – in sterk verband met de aanwezigheid van vermogen – of vermogensverwachtingen – van enige omvang bij betrokkenen of hun familie. Men zou nu kunnen gissen, dat een economische factor een rol zou hebben gespeeld, indien vaststond, dat het aantal huwelijken gedurende de onderzochte periode belangrijk zou zijn gestegen in vergelijking tot het tijdvak 1953/1954 en deze toename gezocht zou moeten worden in een stijging van het percentage der huwelijken in de onvermogene bevolgingsklassen. Of dit laatste het geval is geweest, is echter statistisch niet te constateren. Mij komt dit ook zeer onwaarschijnlijk voor nu uit de tabellen blijkt, dat het aantal huwelijken per jaar in de periode 1957/1961 niet belangrijk afwijkt van dat in de periode 1953/1954; het cijfer van 1959 ligt zelfs in absolute zin beneden dat van 1954.

Vervolgens heb ik overwogen of een vergelijking van regionaal gesplitste getallen enig licht zou kunnen verschaften. Ik heb daartoe de jaren 1954 en 1957 als perioden van vergelijking gekozen.¹

TABEL III

Arrondissementsgewijze vergelijking van het percentage huwelijken onder huw. voorwaarden 1954–1957

<i>Arrondissementen</i>	<i>1954</i>	<i>1957</i>	<i>Positief verschil</i>	<i>Negatief verschil</i>
Amsterdam	14.44%	13.65%	0.12	0.79
's-Gravenhage	13.20%	11.87%		1.33
Haarlem	12.76%	11.77%		0.99
Utrecht	10.00%	9.46%		0.54
Groningen	7.13%	7.25%		
Arnhem	7.01%	6.35%		0.66
Zutphen	6.66%	6.30%		0.36
Alkmaar	6.62%	5.98%		0.64
Rotterdam	6.39%	6.19%		0.20
Middelburg	5.82%	5.77%		0.05
Breda	5.20%	4.79%		0.41
Almelo	5.19%	5.18%		0.01
Maastricht	5.10%	4.89%		0.21
's-Hertogenbosch	4.43%	4.55%	0.12	
Roermond	4.13%	4.20%	0.07	
Dordrecht	3.95%	3.79%		0.16
Leeuwarden	3.82%	3.78%		0.04
Zwolle	3.70%	3.57%		0.13
Assen	3.20%	2.70%		0.50

¹ De ter berekening van de thans volgende percentages benodigde gegevens betreffende het aantal gesloten huwelijken zijn ontleend aan de jaarlijkse statistiek

Schakelen wij het arrondissement Assen uit, waar door de aldaar voorkomende geringe aantallen huwelijksvoorwaarden vrij grote schommelingen kunnen voorkomen, die een vertekend beeld geven, dan leert ons dit overzicht, dat de daling het meest sprekend is geweest in die arrondissementen, waar het hoogste percentage huwelijken onder huwelijksvoorwaarden wordt gesloten. De daling bedroeg immers plm. 10% in de arrondissementen 's-Gravenhage, Arnhem en Alkmaar, plm. 8% in de arrondissementen Haarlem en Breda en plm. 5% in de arrondissementen Amsterdam, Utrecht en Zutphen. Zouden wij ook Alkmaar, Breda en Zutphen hiervan terzijde mogen laten, – waar de basiscijfers het kleinst en dus ook minder betrouwbaar zijn – dan mag de conclusie zijn, dat de daling zich het sterkst heeft voorgedaan in de grote bevolkingscentra. Slechts Rotterdam is hiervan uitgezonderd. Gelijk nog nader zal blijken, neemt dit arrondissement echter in het totale beeld een zeer bijzondere positie in, zoals ook De Smidt t.a.p. reeds heeft signaleerd.

Huwelijksvoorwaarden plegen zelden te worden gemaakt uit zelfverworven inzicht of innerlijke overtuiging¹. Langdurige ervaring in de praktijk van het notariaat leert, dat de aanstaande echtgenoten zich hierbij veeleer laten leiden door de wens van hun ouders, die vaak ingegeven is door traditie, soms door deskundige adviezen. Niet zelden staat de gedachte aan huwelijksvoorwaarden hun zelfs tegen en is de inhoud der akte voor hen moeilijk acceptabel. Zij spreekt in haar clausules over de mogelijkheden van dood, echtscheiding en andere onaangename lotgevallen, waarvoor hun momentane belangstelling op de allerlaatste plaats komt. De motieven, die ouders en familie-notaris bij hun advies om huwelijksvoorwaarden aan te gaan leiden, c.q. ten grondslag liggende aan de traditie, die hiertoe voert, zijn in hoofdzaak van tweërlei aard: het behoud van het familievermogen, dat langs de weg der wettelijke gemeenschap en de regels van het erfrecht geheel of ten dele in andere handen zou kunnen belanden, en voorts het gevaar dat voor de goederen der vrouw optreedt zodra de man een commercieel en risicodragend beroep gaat uitoefenen.

Dit laatste motief zal m.i. in de grotere bevolkingscentra sterker spreken dan in de streken met een meer agrarisch karakter. Het wil mij nu voorkomen, dat onder het afgeschafte recht met zijn beginselen van geprononceerde maritale macht en algemene handelingsonbekwaamheid deze drijfveer krachtiger moet hebben gewerkt, dan zij dit in ons huidig stelsel der emancipatie doet.

Het moet erkend worden, dat de grote verdienste van de Lex „De loop der bevolking”, uitgegeven door het Centraal Bureau voor de Statistiek, waarin de cijfers provinciegewijs worden verstrekt. De omrekening hiervan op andere geografische eenheden – de arrondissementen – is een zeer tijdrovende bezigheid, ik heb mij daarom i c tot het jaar 1957 moeten beperken.

¹ Ik schakel hier de situatie bij tweede of verder huwelijk uit, de ervaring leert, dat het percentage huwelijken onder huwelijksvoorwaarden hierbij veel hoger ligt. Vgl. De Jong in W P N R 2564.

Van Oven bestaat in een aanzienlijke vermindering van de onder het oude stelsel voor de gehuwde vrouw dreigende vermogensrechtelijke gevaren. Wellicht ligt daarom hier een gedeeltelijke verklaring van de toch merkwaardige daling van het percentage huwelijken onder huwelijksvoorwaarden gesloten na 1956; ook in de jaren 1958/1961 heeft de teruggang zich immers niet hersteld. Dan zou tevens verklaard zijn, waarom de daling *buiten* de grote steden geringer is geweest en soms zelfs de cijfers daar een – zij het geringe – stijging tonen. Traditie en de drang naar het behoud van het familievermogen zijn immers vóór en na de Wet van 14 juni 1956 onveranderd blijven bestaan, zodat, waar *deze* factoren overwegen, een herziening van het wettelijk stelsel, dat echter de algehele vermogensgemeenschap handhaaft, in het gemiddeld aantal huwelijken onder huwelijksvoorwaarden waarschijnlijk geen wijziging van enige omvang zal teweegbrengen. Dit zijn slechts veronderstellingen, doch zij zijn m.i. niet van elke grond ontbloomt.

Zoëven legde ik verband tussen vermogensbezit en het maken van huwelijksvoorwaarden. Dit verband berust op méér dan veronderstellingen; het is bewijsbaar wanneer men de verdeling van het absolute aantal huwelijksvoorwaarden over de onderscheiden arrondissementen vergelijkt met eenzelfde regionale verdeling van het aantal aangeslagenen in de Vermogensbelasting. Uiteraard treedt hierbij geen volkomen congruentie op, maar de overeenstemmende aspecten zijn m.i. typerend genoeg om tot bedoeld verband te mogen concluderen. Ik koos voor het navolgende vergelijkend overzicht wederom het jaar 1957.

TABEL IV

Vergelijking van het aantal aangeslagenen in de Vermogensbelasting met het aantal huwelijksvoorwaarden over het jaar 1957

<i>Arrondissementen</i>	<i>Aantal aangesl. i.d. Vermogensbelasting</i>	<i>% v.h. totaal in Nederland</i>	<i>Aantal huwelijksvoorwaarden</i>	<i>% v.h. totaal in Nederland</i>
1. 's-Gravenhage	29.647	13.3%	1181	17.0%
2. Amsterdam	21.382	9.6%	1422	20.4%
3. Rotterdam	19.821	8.9%	594	8.6%
4. Utrecht	15.107	6.8%	530	7.6%
5. Arnhem	14.210	6.4%	405	5.8%
6. Groningen	13.507	6.0%	284	4.1%
7. Haarlem	12.257	5.5%	508	7.3%
8. Leeuwarden	11.453	5.1%	143	2.1%
9. Zutphen	11.326	5.1%	215	3.1%
10. Breda	10.679	4.8%	251	3.6%

<i>Arrondisseminten</i>	<i>Aantal aan- gest. i.d. Vermogens- belasting</i>	<i>% v.h. totaal in Nederland</i>	<i>Aantal huwelijks- voorwaarden</i>	<i>% v.h. totaal in Nederland</i>
11. Middelburg	9.312	4.2%	124	1.8%
12. 's-Hertogen- bosch	9.131	4.1%	333	4.8%
13. Alkmaar	8.768	3.9%	155	2.3%
14. Assen	8.425	3.8%	65	0.9%
15. Maastricht	5.999	2.7%	230	3.3%
16. Almelo	5.859	2.6%	207	3.0%
17. Roermond	5.750	2.6%	115	1.7%
18. Zwolle	5.539	2.5%	92	1.3%
19. Dordrecht	4.734	2.1%	92	1.3%
Totalen ¹	222.906		6946	

Uit deze vergelijking valt af te leiden:

- Van de grote bevolkingscentra kan in de arrondissementen 's-Gravenhage, Amsterdam en – in mindere mate – Utrecht en Haarlem de frequentie der huwelijksvoorwaarden niet uitsluitend worden toegeschreven aan de aanwezigheid van vermogen of de verwachting daarvan. Andere factoren moeten hier een rol spelen; voor Amsterdam zou hierbij gedacht kunnen worden aan de uitsluiting van risico bij commerciële beroepen, voor 's-Gravenhage aan familietradities en andere gevoels-overwegingen.
- Opvallend is opnieuw, dat het arrondissement Rotterdam een zeer afwijkend beeld geeft. Ofschoon de commerciële factor ook hier zeer sterk zou moeten spreken, ligt het percentage der huwelijksvoorwaarden zelfs beneden dat der „vermogenden”. Niet voor de eerste maal wordt aldus geconstateerd, dat de belangstelling voor het maken van huwelijksvoorwaarden in deze stad en haar directe omgeving niet groot is.
- Streken met een sterk-geïndustrialiseerd karakter (de arrondissementen 's-Hertogenbosch, Maastricht en Almelo) vertonen eveneens een boven het percentage der vermogenden liggende voorkeur voor huwelijksvoorwaarden.
- Daarentegen is de belangstelling voor het maken van huwelijksvoorwaarden in streken met een overwegend agrarische bevolking niet bijster groot; men zie de cijfers voor de arrondissementen Groningen, Leeuwarden, Zutphen, Middelburg, Alkmaar, Assen, Roermond, Zwolle en Dordrecht.

¹ De fiscale gegevens zijn ontleend aan de publicatie „Statistische gegevens betreffende de Vermogensbelasting 1957 (belaste posten)” van het Ministerie van Financiën. Ook hier moesten de cijfers der Inspecties geografisch herleid worden tot arrondissementscijfers; deze herleiding is hier en daar niet volmaakt mogelijk geweest, doch de afwijkingen zijn m.i. zonder invloed op het totale beeld.

2. Na aldus een beschouwing te hebben gewijd aan het *aantal*, zou ik thans de *soort* der gemaakte huwelijksvoorwaarden willen onderzoeken. De nog door de Lex Van Oven gehandhaafde traditionele wettelijke keuzestelsels (de gemeenschappen van winst en verlies resp. van vruchten en inkomsten) zijn gedoemd in het Nieuw B.W. het veld te ruimen voor het wettelijk deelgenootschap (Boek I Titel 8 Afdeling 2). De opnemng van dit nieuwe keuzestelsel geschiedt in navolging van het Ontwerp-Meijers, welks Toelichting (p. 80) had betoogd, dat de thans nog bestaande stelsels ongewenst zijn:

„1e. omdat zij tot vele juridische en feitelijke moeilijkheden aanleiding geven; 2e. omdat zij niets dan overgangsvormen zijn tot een deelgenootschap, gelijk dit hier in het Ontwerp is geregeld.” Na het verschijnen der Toelichting is – tot heden toe – bij voortduring in de literatuur ten gunste van het deelgenootschap en ten nadele der traditionele gemeenschappen gepleit¹. Ten sterkste werd het notariaat geraden het deelgenootschap reeds thans aan het publiek aan te bevelen. In W.P.N.R. 4459 gaf Polak aan de praktijk een model-regeling voor dit deelgenootschap en in zijn prae-advies (p. 28) schreef hij in november 1956:

„Samenvattend: de gemeenschappen van winst en verlies en „vruchten en inkomsten maken de situatie nodeloos gecompliceerd. Naar mijn mening zal het notariaat er goed aan doen deze „vormen in de toekomst te vermijden. In die gevallen waarin „daaraan behoefte bestaat, make men een – slechts intern wer- „kende – verrekeningsovereenkomst of deelgenootschap.”

Naast de theoreticus stond in 1956 voor de Broederschap der Notarissen als prae-adviseur ook de practicus, notaris Prakken; ook deze schreef in gelijke zin². Zo klonken, reeds vóór de Lex Van Oven werd ingevoerd, in het notariaat verschillende zeer gezaghebbende stemmen, allen waarschuwend tegen de traditionele gemeenschappen. Het lijkt mij belangwekkend de uitwerking van dit alles op de praktijk, zoals deze uit de cijfers spreekt, te onderzoeken. De in het verleden gehouden onderzoeken hebben zich niet steeds ook met de soort der huwelijksvoorwaarden bezig gehouden; zo verschaft – gelijk gezegd – de enquête van De Smidt over de jaren 1953/1954 ons hierin helaas geen inzicht. De lijn der ontwikkeling is niettemin uit de in de jaren 1902, 1916 en 1930 gevonden resultaten waar te nemen. Zij vertoont, blijkens de nu volgende cijfers, voor de gemeenschap van winst en verlies een gestadige teruggang, oorspronkelijk mede te gunste van de verwante gemeenschap van vruchten en inkomsten, later voornamelijk ten voordele komende van het uitsluitingsstelsel.

¹ Vgl. Polak p. 28, Prakken p. 62–65, Holterman in W.P.N.R. 4183, Polak in W.P.N.R. 4459 en Heuff in W.P.N.R. 4466.

² „Wij allen in het notariaat zullen steeds op het aambeeld van het deelgenootschap blijven hameren; ieder deelgenootschap, dat mede door ons toedoen gesmeed wordt, lijkt mij winst” (prae-advies p. 64).

TABEL V

Percentsgewijze verdeling der huwelijksvoorwaarden naar de soort

<i>Jaren</i>	<i>Algehele uitsluiting</i>	<i>Gem. van winst en verlies</i>	<i>Gem. van vruchten en inkomsten</i>	<i>Diverse Stelsels</i>
1902	53 %	33 %	10 %	4 %
1916	61 %	22 %	15 %	2 %
1930	72.8%	10.5%	15.3%	1.4%

Opmerkelijk is de wijze waarop de gemeenschap van vruchten en inkomsten aan populariteit heeft gewonnen. Ook in de jaren 1916–1930 vertoont zij nog een lichte stijging.

Bezien wij thans het beeld, dat zich aan ons vertoont in de jaren 1957 t/m 1961.

TABEL VI

Verdeling der huwelijksvoorwaarden naar de soort
in de jaren 1957 t/m 1961

<i>Jaren</i>	<i>Totaal aantal huw.vw.</i>	<i>Winst en Verlies</i>	<i>Vruchten en Inkomsten</i>	<i>Algehele Uitsluiting</i>	<i>Deelge- nootschap</i>	<i>Inboedel</i>	<i>Inboedel + Deelge- nootschap</i>	<i>Diversen</i>
1957	6946	196	714	5028	360	502	30	116
1958	6719	192	603	4929	360	488	26	121
1959	6550	188	627	4792	326	494	14	109
1960	6737	172	689	4894	332	508	18	124
1961	6923	183	697	4976	384	506	32	145
1957 t/m 1961	33875	931	3330	24619	1762	2498	120	615
Perce- tage	100%	2.7%	9.9%	72.6%	5.2%	7.4%	0.4%	1.8%

De uitkomst is belangwekkend om twee redenen:

Vooreerst blijkt de aanval op de gemeenschap van winst en verlies thans nagenoeg geslaagd te zijn; zij is teruggedrongen tot een keuzestelsel van ondergeschikt belang¹. Een tweede feit is echter nog verrassender: de gemeenschap van vruchten en inkomsten, die na de verschijning en realisatie van het Ontwerp-

¹ Ook de aanvallen op dit stelsel, gedaan in de prae-adviezen voor de Broederschap der Cand. Not. uitgebracht in 1931 door Van Oven (p. 33/34) en Waldorp (p. 51), zullen hieraan niet vreemd zijn. Hier treffen wij m.i. een zichtbaar voorbeeld aan van de invloed der doctrine op de rechtspraktijk!

Meijers in gelijke mate het getij tegen had, heeft een belangrijk deel van haar positie kunnen behouden. Hoogst merkwaardig is, dat zij, na een dieptepunt in 1958, zelfs een nieuwe lichte toename vertoont, terwijl voor de gemeenschap van winst en verlies géén herstel valt waar te nemen.

De specificatie der percentagés van beide gemeenschappen over de gehele onderzochte periode (1957/1961) luidt immers chronologisch als volgt:

Winst en Verlies: 2.82%, 2.86%, 2.78%, 2.55% en 2.64%.

Vruchten en Inkomsten: 10.28%, 8.97%, 9.57%, 10.22% en 10.07%.

De verklaring van deze verschijnselen is evenmin eenvoudig. Toch waag ik mij ook hier aan een veronderstelling, die n.m.m. moeilijk weerlegbaar zal zijn.

De thans ontstane vermogensrechtelijke onafhankelijkheid van beide echtgenoten schept wederkerig grotere risico's; een stelsel, waarin ook beider verliezen gelijkelijk worden gedeeld is thans daarom a fortiori minder aantrekkelijk geworden. De gemeenschap van vruchten en inkomsten kent dit risico in veel mindere mate; in de door mij voorgestane nieuwe interpretatie van dit stelsel blijft een uiteindelijk verliessaldo ten gunste van degene, die dit veroorzaakte. Ik kan niet beoordelen of het na 1958 ingetreden lichte herstel van dit régime mede aan het veld winnen dezer visie is te danken geweest. Er is overigens nog een andere oorzaak mogelijk voor dit verschijnsel: het inzicht, dat aan het zo sterk gepropageerde deelgenootschap, zoals dit in het Ontwerp-Meijers werd voorgesteld en in het Nieuw B.W. is geregeld, toch een bepaald bezwaar kleeft. Niet iedereen kan nl. appreciëren, dat ook waardestijging van privé-goederen zou moeten worden verrekend tussen partijen. Dit bezwaar is per definitie bij de gemeenschap van vruchten en inkomsten uitgeschakeld. Van de zijde der notariële practici is terecht reeds op dit punt gewezen¹.

Het verschijnen van het deelgenootschap in de statistieken schijnt op het eerste oog geen joyeuse entrée te zijn; een gemiddelde van 5 procent is immers niet opzienbarend. Hier dient echter een groot voorbehoud te worden gemaakt; het werkelijke cijfer ligt waarschijnlijk hoger. In vele gevallen toch bleek de akte van huwelijksvoorwaarden slechts bij uittreksel in het register te zijn opgenomen; dit deed zich vaak voor wanneer elke gemeenschap tussen partijen was uitgesloten. De studenten van de werkgroep, die mij bij de uitvoering van het onderzoek terzijde stond, berichtten mij, dat zij vaak achter de plaats, waarop de tekst der akte afbrak, het wettelijk deelgenootschap vermoedden. In de statistieken zijn al deze gevallen noodgedwongen – bij gebreke van wetenschap – in de kolom „Algehele Uitsluiting” geregistreerd, daar zij naar hun uiterlijke verschijningsvorm hierin thuishoorden. Op

¹ Vgl. Heuff in W.P.N.R. 4466 en Van der Pas in W.P.N.R. 4586. Zie ook de bezwaren van De Bruijn p. 616 en Klein in W.P.N.R. 4528.

dit punt dienen de cijfers derhalve met groot voorbehoud te worden gehanteerd.

Wel is aannemelijk, dat de notarissen, die van mening waren dat de regeling van het deelgenootschap mede gepubliceerd behoorde te worden en daarom een volledig afschrift der akte in het register deden opnemen, een constante gedragslijn volgden. In dat geval frappeert het toch, dat in de loop van vijf jaren de frequentie van dit moderne stelsel nauwelijks is toegenomen.

Een landelijk overzicht met samengevoegde cijfers nivelleert en vaagt alle regionale eigenaardigheden weg. Toch zijn deze nuances rechtswetenschappelijk van belang; somtijds berusten onderlinge verschillen op zeer oude rechtshistorische gronden. Ik meen daarom dit gedeelte van mijn beschouwing te moeten besluiten met een samengesteld overzicht van de vijf onderzochte jaren, waarin deze regionale verschillen tot uiting worden gebracht en in welk overzicht in het bijzonder aandacht wordt besteed aan het optreden van de beide traditionele wettelijke keuzestelsels. In deze tabel

TABEL VII

Arrondissementsgewijze verdeling der huwelijksvoorwaarden
naar enkele soorten

1957/1961	Totaal aantal huwelijks- voorwaarden	Winst en Verlies in %	Vruchten en Inkomsten in %	W en V. en V. en I. tezamen in %	Gem. van Inboedel in %
Arrondissementen:					
1. 's-Hertogenbosch	1584	0.4	22.6	23.0	4.3
2. Breda	1308	1.3	21.7	23.0	3.6
3. Maastricht	1157	5.9	32.9	38.8	1.5
4. Roermond	611	6.7	23.6	30.3	1.7
5. Arnhem	2043	1.9	7.8	9.7	9.0
6. Zutphen	1038	1.3	17.5	18.8	10.7
7. Zwolle	475	8.9	10.3	19.2	13.3
8. Almelo	1031	1.8	8.1	9.9	6.7
9. 's-Gravenhage	5615	0.9	4.5	5.4	7.9
10. Rotterdam	2999	1.3	3.4	4.7	6.8
11. Dordrecht	500	2.0	5.4	7.4	10.6
12. Middelburg	572	14.0	20.0	34.0	11.4
13. Amsterdam	6896	0.4	2.9	3.3	5.6
14. Alkmaar	776	5.4	10.4	15.8	11.8
15. Haarlem	2466	1.1	5.7	6.8	10.6
16. Utrecht	2435	1.3	8.5	9.8	11.9
17. Leeuwarden	743	12.3	18.5	30.8	7.6
18. Groningen	1247	17.1	29.7	46.8	4.3
19. Assen	379	19.5	19.0	38.5	6.0
Nederland	33.875	2.7%	9.9%	12.6%	7.4%

heb ik tevens aandacht geschonken aan de gemeenschap van inboedel, niet omdat deze een zo frequente verschijningsvorm zou zijn, doch omdat het Ontwerp-Meijers (art. 1.8.1.7) het gemeenschappelijk zijn van de inboedel zo belangrijk achtte, dat het evengenoemd voorschrift verbood de inboedel contractueel van de gemeenschap uit te sluiten. Gelijk bekend heeft het Nieuw B.W. deze regel niet overgenomen. Uit de bovenstaande tabellen is evenwel gebleken, dat de gemeenschap van inboedel geen algemeen in het rechtsgevoel levend begrip genoemd kan worden. De niet-overneming van art. 1.8.1.7 Ontwerp-Meijers in het Nieuw B.W. behoeft m.i. dan ook niet betreurd te worden.

Legt men nu de uitkomsten naast de gegevens uit de jaren 1902, 1916 en 1930, dan is ook hier het resultaat opmerkelijk. Ook in de provincies, waar men voor de gemeenschappen van winst en verlies en van vruchten en inkomsten sterk geporteerd was gebleven (Noord-Brabant, Limburg, Zeeland, Drente, Friesland en Groningen), is een voortdurende teruggang van de eerste gemeenschap te constateren, die grotendeels aan de gemeenschap van vruchten en inkomsten is ten goede gekomen. Dit spreekt zeer sterk, wanneer men Tabel B uit W.P.N.R. 3228 naast het bovenstaande overzicht legt. Zelfs in de drie noordelijke provinciën, waar deze vorm van gemeenschap in 1930 nog geen grote rol speelde, blijkt zij nu een begrip van betekenis te zijn geworden. Zeer opvallend is ook de plaats, die deze gemeenschap in Noord-Brabant en Limburg inneemt.

Wanneer men dan het totale beeld beziet, zoals dit in de tijd waarin wij leven is ontstaan – dit ondanks het feit, dat het huwelijksvermogensrecht geheel gemoderniseerd is en de inhoud van het nieuwe recht, waarin beide stelsels niet terugkeren, vaststaat – vraagt men zich toch af of de wetgever er wel goed en wijs aan heeft gedaan deze afschaffing reeds nu en zonder nader onderzoek van het practische rechtsleven door te voeren. In grote delen van ons land blijken deze huwelijksgoederenstelsels een levend begrip te zijn gebleven en in een kennelijke behoefte te voorzien. Er is wel betoogd, dat de gemeenschap van winst en verlies nog slechts betekenis zou hebben in Friesland, Groningen en Drente, zulks op grond van een historische traditie, die echter haar zin zou hebben verloren. Dit moge ten dele waar zijn, doch hoe is dan de opkomst – ook daar en juist in het jongste verleden – van de gemeenschap van vruchten en inkomsten te verklaren? Naar het mij voorkomt, toch niet anders dan uit een werkelijke behoefte van de praktijk.

Mijn conclusie is, dat naast een deelgenootschap als wettelijk keuzestelsel er voldoende reden was geweest een *ander* keuzestelsel te behouden, gemoderniseerd, nader uitgewerkt en verbeterd, waarin de grondbeginselen der gemeenschap van vruchten en inkomsten zouden zijn neergelegd. De naam van dit stelsel zou

men desgewenst veranderd kunnen hebben, doch zijn grondgedachte had niet verloren mogen gaan. Ik betreur deze komende verdwijning ten zeerste en kan niet zien welke redelijke grond hiervoor – in het licht van het bovenstaande – thans nog zou kunnen worden aangevoerd.

*B. Gedurende het huwelijk gemaakte huwelijksvoorwaarden*¹

1. Bij de invoering van art. 204 ontstond een voor ons rechtstelsel ongekennde mogelijkheid: de bevoegdheid gedurende het huwelijk onder de besproken waarborgen alsnog van goederenstelsel te veranderen. De gedachte hieraan is – gelijk hierboven vermeld – reeds jarenlang een onderwerp van beschouwingen in de rechtsliteratuur geweest. Een georganiseerd onderzoek naar de verlangens van de rechtsgenoten zelf en van hun spreekbuis in deze – de notariële praktijk – is echter bij mijn weten nimmer gehouden. Zo kwam bij mij de gedachte op, dat ook hier louter theoretisch zou kunnen zijn gediscussieerd. Heeft het Nederlandse rechtsleven hieraan wel een reële behoefte en vormen de technische uitvoeringsvoorschriften, die de wijzigingsprocedure immers vrij tijdrovend, kostbaar en opzienbarend maken, niet een zodanig tegenwerkende factor, dat – zo de bedoelde behoefte al aanwezig is – het praktisch gebruik ervan toch relatief gering blijkt? Deze vragen interesseerden mij bij de bewerking van de resultaten van dit deel van het onderzoek ten sterkste.

Ik geloof echter te mogen constateren, dat in het licht van de nu volgende resultaten, voor deze twijfel weinig grond aanwezig is geweest. Het moet erkend worden, dat ook dit m.i. ten gunste van de Lex Van Oven – die dit novum tenslotte aandurfde – pleit. In de loop der onderzochte vijf jaren kwamen immers in 1057 gevallen huwelijksvoorwaarden staande huwelijk tot stand. De getallen der afzonderlijke jaren waren: 99 (1957), 145 (1958), 252 (1959), 281 (1960), 280 (1961). De constatering lijkt mij gewettigd, dat na de eerste aanlooptijd hieruit een zeker constant cijfer is ontstaan. Dit cijfer maakt plm. 4% van het aantal jaarlijks vóór het huwelijk gepasseerde huwelijksvoorwaarden uit. Als men nu de hierboven genoemde tegenwerkende factoren laat wegen, komt het mij voor, dat dit resultaat niet onbevredigend genoemd mag worden. Ik durf daarom te stellen, dat het novum is gebleken in een werkelijke behoefte te voorzien.

Ook hier is m.i. het weergeven van de regionaal verkregen resultaten van belang.

¹ Ook het wijzigen van een bestaand stelsel gedurende het huwelijk is in materiële zin een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden. Ook in het slot zal ik daarom tussen het „maken” en „wijzigen” van huwelijksvoorwaarden geen onderscheid maken.

TABEL VIII

Arrondissementsgewijs overzicht der staande huwelijk gemaakte
huwelijksvoorwaarden

<i>Arrondissementen</i>	1957	1958	1959	1960	1961	<i>To- taal</i>	<i>% v.h. totaal aan- tal h.v.w.</i>
1. 's-Hertogen- bosch	6	8	5	10	6	35	2.16
2. Breda	4	4	6	3	6	23	1.72
3. Maastricht	1	5	9	3	8	26	2.20
4. Roermond	2	1	—	2	1	6	0.97
5. Arnhem	8	11	13	18	8	58	2.76
6. Zutphen	4	8	5	6	6	29	2.71
7. Zwolle	2	1	2	5	6	16	3.26
8. Almelo	3	4	5	13	9	34	3.19
9. 's-Gravenhage	28	23	41	59	46	197	3.39
10. Rotterdam	3	10	28	23	28	92	2.98
11. Dordrecht	3	7	13	7	8	38	7.06
12. Middelburg	1	2	6	1	13	23	4.02
13. Amsterdam	10	26	70	72	67	245	3.43
14. Alkmaar	2	7	6	5	7	27	3.38
15. Haarlem	7	11	13	26	34	91	3.56
16. Utrecht	7	5	14	18	10	54	2.17
17. Leeuwarden	5	7	5	7	7	31	4.05
18. Groningen	3	4	9	3	8	27	2.13
19. Assen	—	1	2	—	2	5	1.30
Totalen	99	145	252	281	280	1057	
% v.h. totaal aan- tal huw.v.w. in Nederland	1.40%	2.11%	3.71%	4.00%	3.89%	3.03%	

Even opvallend als het geringe praktisch gebruik in de arrondissementen Roermond en Assen is, even groot is de belangstelling die deze nieuwe rechtsfiguur elders, niet alleen in Amsterdam, geniet. Ook hier frappeert echter de relatief flauwe deelname in het arrondissement Rotterdam.

2. Onvolledig zou een studie van het praktisch gebruik dezer rechtsfiguur zijn, indien hier geen aandacht was besteed aan de *soort* der staande huwelijk gemaakte huwelijksvoorwaarden. Bij de voorbereiding van dit gedeelte van het onderzoek had ik rekening gehouden met de mogelijkheid, dat zich een zeer groot aantal omzettingsfiguren zou kunnen voordoen; het voor de enquêteurs ontworpen formulier werd dan ook daarop ingericht. Dit had daardoor een vrij grote omvang verkregen; met een zevental typen van

huwelijksgoederenstelsels, die elk afzonderlijk in één der overige konden worden omgezet, moest immers rekening worden gehouden. Gelukkig bleek echter, dat een groot gedeelte der theoretische mogelijkheden in de praktijk niet of nauwelijks voorkwam. Zo kwam o.a. vast te staan, dat enerzijds omzettingen van enig stelsel in de gemeenschap van winst en verlies te verwaarlozen waren en, anderzijds, dat wijzigingen van het stelsel van deelgenootschap in enig ander régime niet – althans niet waarneembaar – voorkwamen. Ook waren er van de desondanks nog talrijke overblijvende omzettingenfiguren verschillende, die slechts een bescheiden rol speelden.

Dit alles in aanmerking nemend, kreeg ik de overtuiging, dat rechtstheorie en praktijk wellicht het best gediend zouden zijn met een classificering der onderscheiden voorkomende gevallen en vervolgens een categorisering der gevormde groepen naar de daarin aanwezige tendens. De drie belangrijkste tendenzen, leken mij te zijn: het streven naar (I) uitsluiting van gemeenschap, (II) beperking van gemeenschap en (III) invoering van gemeenschap. Tenslotte werd een aparte categorie (IV) gevormd door de gevallen, waarin de ene vorm van beperkte gemeenschap overging in een andere. Om de hierna genoemde reden was tevens een specificering per jaar nodig. Zo ontstond het volgende overzicht:

Het belang van een zowel horizontale als verticale specificatie

TABEL IX

Overzicht der staande huwelijk gemaakte huwelijksvoorwaarden over de jaren 1957 t/m 1961, ingedeeld naar categorieën en klassen

<i>Aard der voorkomende mutaties</i>	1957	1958	1959	1960	1961	<i>Totaal</i>
I. Uitsluiting van gemeenschap :						
Algeh. gem. → Uitsluiting	64	97	127	105	109	502
Beperkte gem. → Uitsluiting	1	4	2	3	1	11
II. Beperking van gemeenschap :						
Algeh. gem. → Deelgenootschap	4	5	2	—	2	13
Id. → Gem. van Inboedel	2	—	12	—	4	18
Id. → Vruchten en Inkomsten	—	7	6	5	4	22
Id. → andere gem. vormen	8	4	2	8	9	31
III. Invoering der Algeh. gem. :						
Beperkte Gem. → Algeh. gem.	2	2	7	10	23	44
Uitsluiting → Algeh. gem.	6	3	64	118	103	294
IV. Omzetting v. beperkte gem. in een andere beperkte gem.						
	12	23	30	32	25	122
Totalen	99	145	252	281	280	1057

der resultaten spreekt vooral duidelijk, als men de gevonden getallen uit het eerste deel der onderzochte periode vergelijkt met die van het laatste deel; de conclusies, uit de tabel te trekken, zijn immers de volgende:

1e. De gevallen van uitsluiting en beperking van gemeenschap vertonen – wanneer wij de aanlooptijd in 1957 terzijde laten – over de gehele periode een lijn, die geen al te grote afwijkingen kent; de totalen der categorieën I en II over de jaren 1958, 1959, 1960 en 1961 bedragen immers respectievelijk: 117, 151, 121 en 129, zodat men hier van een vrij constante ontwikkeling mag spreken.

2e. De gevallen echter, waarin de algehele gemeenschap van goederen tussen partijen wordt ingevoerd en de tussen hen bestaande vermogensscheiding wordt opgeheven, laten een merkwaardig keerpunt zien: het jaar 1959. Tevoren kon aan deze rechtsfiguur immers nauwelijks enige praktische betekenis worden toegekend; dan treedt evenwel een plotselinge ommekeer in, waardoor deze figuur een practisch gebruik gaat vertonen, dat in de beide laatste jaren (1960/1961) de som der cijfers van de categorieën I en II zelfs overtreft. Dit laatste wordt geïllustreerd door de navolgende herleiding der verkregen resultaten tot percentages.

TABEL X

Percentsgewijze vergelijking van staande huwelijk gemaakte huwelijksvoorwaarden naar de soort in de perioden 1957/1958 en 1960/1961

<i>Aard der omzettingsfiguren :</i>	<i>Periode 1957/1958</i>	<i>Periode 1960/1961</i>
Uitsluiting van gemeenschap (I)	68.0%	38.9%
Beperking van gemeenschap (II)	12.3%	5.7%
Invoering der algehele gemeenschap (III)	5.3%	45.3%
Overige gevallen (IV)	14.4%	10.1%

De geneigdheid een bestaande vermogensscheiding staande huwelijk op te heffen en de wettelijke universele vermogensgemeenschap in te voeren blijkt dus na 1959 nagenoeg te zijn vernegenvoudigd! Hiervoor moet een zeer bijzondere oorzaak zijn aan te wijzen. Ik meen deze nu gevonden te hebben in de veronderstelling, dat het streven om de wettelijke gemeenschap alsnog in te voeren bij vele onder huwelijksvoorwaarden gehuwde echtparen na de invoering van de Lex Van Oven moet zijn gaan leven. Hiervoor zijn velerlei motieven mogelijk. Ik heb opgemerkt, dat huwelijksvoorwaarden vóór het huwelijk – althans bij een eerste huwelijk en vooral bij jongere huwelijkspartners – zelden voort-

komen uit eigen innerlijke overtuiging. Uit gevoelsoverwegingen oordelen sommigen een vermogensscheiding in strijd met de naar hun inzicht aan het huwelijk ten grondslag liggende beginselen. Bevrijd van externe beïnvloeding, kunnen zij thans de door hen als ideaal beschouwde vermogensrechtelijke situatie alsnog bereiken.

Bij vele anderen spreken evenwel meer praktische overwegingen. Hun huwelijk is kinderloos gebleven, zodat de langstlevende echtgenoot de enig erfgenaam van de eerststervende zal zijn. In de meeste gevallen is de vrouw de langstlevende, doch eveneens meestal is het privé-vermogen van de man groter dan dat van zijn echtgenote. Invoering van de wettelijke gemeenschap is nu een maatregel, die een verzorgingskarakter draagt te haren behoefte. Ook fiscaal heeft deze omzetting voordelen, doordat aldus een gedeelte van het te verwachten successierecht kan worden bespaard.

Naast deze beide motieven voor de invoering der wettelijke gemeenschap zullen er nog andere zijn. Deze vermeldde ik echter, omdat zij herhaaldelijk bij het onderzoek *expressis verbis* in de geraadpleegde akten werden aangetroffen. Bij sommige notarissen bestaat nl. de gewoonte de motivering der wijziging in de praemisse der akte op te nemen.

De invoering der universele gemeenschap stuitte evenwel tot 1959 op een alleszins moeilijke hindernis: de fiscale. Tot die tijd bestond immers de hierboven in § 1 verworpen leer, dat de overgang naar de wettelijke vermogensgemeenschap een schenking door de vermogende aan de niet-vermogende echtgenoot zou zijn, die met recht van schenking zou moeten worden belast. Van deze leer is althans de fiscale spits afgebroken door het bovengeciteerde arrest van de Hoge Raad d.d. 28 januari 1959 (N.J. 1959 no. 171).

Het gevaar van de heffing van recht van schenking op deze omzettingsfiguur is hierdoor wel bezworen. Het resultaat is dan ook niet uitgebleven; de cijfers spreken een duidelijke taal. Een mogelijkheid, waaraan het rechtsleven een werkelijke behoefte had, is hierdoor praktisch uitvoerbaar geworden. Het behoeft geen betoog, dat ik deze ontwikkeling ten zeerste toejuich. Wetenschappelijk vinden wij op deze wijze tenslotte een standaardvoorbeeld van een rechterlijke beslissing op het gebied van het fiscale recht, die het gebruik van een rechtsfiguur in het privaatrecht beslissend beïnvloedt.

Aan het einde van mijn beschouwing over het gehouden onderzoek gekomen, wil ik tenslotte opmerken, dat andere feiten, die uit de registers bleken, ongeregistreerd zijn gebleven en derhalve in deze studie niet zijn betrokken. Zij vielen ook buiten het onderwerp, dat ik mij voorstelde in deze slotparagraaf te behandelen. Ik denk hier o.m. aan het voorkomen van bestuursovereenkomsten in de zin van art. 177 en aan regelingen betreffende het dragen

der huishoudkosten bedoeld in art. 161 (tweede lid). Ik denk voorts aan akten van afstand der gemeenschap en aan vonnissen tot opheffing der gemeenschap en tot scheiding van tafel en bed. Ook zij vielen buiten het bestek van dit onderzoek. Voor het „en passant” registreren dezer gegevens ontbrak trouwens de tijd. De rapporteurs deelden mij desgevraagd met betrekking tot de eerstgenoemde bestuursovereenkomsten wel mede, dat zij zich hiervan geen enkel voorbeeld konden herinneren, hetgeen mij overigens verheugt en de notariële praktijk zal geruststellen!

Moge op deze wijze, over deze onmiddellijk na een belangwekkende wetshervorming verstreken periode, het onbekende terrein enigermate zijn ontsloten. De verkregen resultaten bewijzen m.i. het rechtswetenschappelijke en praktische belang der hervorming en versterken het gevoel van bewondering, dat ik – ondanks de geuite bezwaren – koester niet slechts voor de Wet van 14 juni 1956, waarin zij werd verwezenlijkt, doch tevens voor haar ontwerper.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Gesetz vom 14. Juni 1956 (Staatsblatt 1956 Nr. 343) ist für das niederländische Ehegüterrecht von sehr grosser Bedeutung. Es hat die bei der Kodifikation im Jahre 1838 im Ehegüterrecht verankerten Prinzipien, die zum Teil dem napoleonischen Recht entlehnt waren aber auch zum Teil ihr Vorbild im alten nationalen Recht hatten, tiefgreifend umgestaltet. Als Wesensmerkmale des abgeschafften Rechtes konnte man betrachten:

1. den Wechsel in der Rechtsstellung, der durch die Ehe verursacht wurde, weil die Frau hierdurch ihre Handlungsfähigkeit verlor, während demgegenüber auf Grund der ehemännlichen Vormachtstellung die Rechtsbefugnisse des Ehemannes zunahmen. Er konnte die Handlungsunfähigkeit seiner Frau aufheben, indem er unmittelbar bei dem Rechtsgeschäft der Ehefrau beistand oder ihr eine schriftliche Ermächtigung erteilte. Darüberhinaus stand ihm noch die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens und des Privat-Vermögens der Ehefrau zu.
2. die Einführung der allumfassenden Vermögensgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand, wovon nur durch Ehevertrag vor Eingehung der Ehe eine Abweichung vereinbart werden konnte. Nach Eingehung der Ehe war ein Wechsel des einmal eingetretenen Güterstandes durch Vertrag nicht möglich.

Nunmehr tritt an die Stelle eines Systems, welches auf der Handlungsunfähigkeit der Ehefrau und der Vormachtstellung des Ehemannes aufgebaut war, der Grundsatz der vermögensrechtlichen Gleichberechtigung von Mann und Frau. Van Oven kann das Verdienst für sich in Anspruch nehmen, dem bereits seit der Jahrhundertwende fortschreitenden gesellschaftlich-sozialen Prozess der Emanzipation der Frau im Ehegüterrecht seine endgültige Gestalt gegeben zu haben. Es muss ihm mit Recht eine grosse Befriedigung gewesen sein, im vorgerückten Alter als Staatsmann das in die Tat umzusetzen, was er während einer langen Reihe von Jahren als Rechtsgelehrter in Wort und Schrift vorgeschlagen hatte.

Van Oven war der Meinung, dass als Folge der vermögensrechtlichen Emanzipation der Ehefrau gleichzeitig die Regelung der Verwaltung des Gemeinschaftsgutes neu gestaltet werden müsse. Hinsichtlich der bis 1957 auf diesem Gebiet absolut geltenden Herrschaft des Ehemannes konnte man einer Reform zustimmen.

Man muss nämlich zugeben, dass die unbeschränkte Verwaltungsbefugnis des Ehemannes ohne Rechenschaftspflicht eine grosse Gefahr für die Rechte der Ehefrau in sich trug. Die Notwendigkeit einer Änderung war umso grösser, weil die Allgemeine Gütergemeinschaft, in der die überwiegende Zahl der Eheleute lebt, als gesetzlicher Güterstand beibehalten werden sollte. Mit Recht darf man aber meines Erachtens bezweifeln, ob die durch Van Oven eingeführte Regelung, wie sie in Art. 177 B.W. verlautbart ist – nämlich Verwaltungsbefugnis nach Massgabe des formellen Rechtserwerbs –, die meist wünschenswerte ist. Nicht allein die Norm in Absatz 1 enthält viele Zweifelspunkte, wobei selbst der Inhalt des Begriffes „bestuur“ (Verwaltung im umfassendsten Sinne) ungewiss ist, sondern auch der Zusammenhang zwischen Norm und Sanktion, die in dem später eingeführten Absatz 2 niedergelegt ist, gibt Anlass zu weitgehenden Meinungsverschiedenheiten.

Dies alles erschwert die Beantwortung der für den Rechtsverkehr sehr belangreichen Frage nach der Verfügungsbefugnis. Ausserdem kommt noch hinzu, dass durch formlose Absprachen zwischen den Eheleuten und durch gerichtliche Verfügungen die in Art. 177 Absatz 1 B.W. normierte Verwaltungsbefugnis geändert sein kann.

Aber nicht nur gegen die gesetzliche Ausgestaltung der Grundidee, auch gegen den Ausgangspunkt Van Ovens kann man ernste Bedenken äussern. Bei den später erfolgten Reformen des deutschen und belgischen Ehegüterrechts im Jahre 1958 hat das niederländische Vorbild wenig Anklang und wenig Nachahmung gefunden. Das deutsche Recht kennt seit dem am 1. Juli 1958 in Kraft getretenen Gleichberechtigungsgesetz die Allgemeine Gütergemeinschaft als zweiten, vom Gesetz angebotenen, Wahlgüterstand. Hinsichtlich der Verwaltung des Gemeinschaftsgutes ist jedoch vorgesehen, dass diese nach eigener Wahl nur einem Ehegatten allein oder beiden Ehegatten gemeinschaftlich zusteht (§ 1421 B.G.B.). Die Regelung wird damit begründet, dass andere in Betracht kommende Lösungen sowohl unter den Ehegatten als auch im Rechtsverkehr mit Dritten Rechtsunsicherheit bringen würden. Die Anwendung unseres Systems führt in der Praxis dazu, dass man nach Möglichkeit die Mitwirkung beider Ehegatten verlangt, eine Folge, welche sicher nicht die Absicht des Gesetzgebers und seines Urhebers gewesen ist.

Nach meiner Ansicht hätte man auch einen anderen Grundsatz für die Verwaltung des Gemeinschaftsgutes wählen können. Hierbei darf man sich jedoch nicht von der Vorstellung leiten lassen, dass eine wirkliche Emanzipation der Ehefrau notwendigerweise die Verwaltungsbefugnis des Ehemannes ausschliessen muss. Diese Verwaltung ist zu stark als ein Ausdruck der ehemännlichen Vormachtstellung angesehen worden, welche sich mit der Zeit überlebt hatte. Eine Betrachtung dieser Befugnis als Ausfluss

der gesellschaftlich-sozialen Stellung und dementsprechend als Aufgabe des Ehemannes ist unterblieben, obwohl doch Meijers, von dem der Entwurf für die neue kommende Kodifikation stammt, und andere europäische Gesetzgeber ersichtlich von dieser Auffassung ausgehen. Gegen einen Missbrauch der Verwaltungsbefugnis hätte man hinreichende Sicherungen schaffen können.

Jedoch muss man dem Urheber des Gesetzes vom 14. Juni 1956 dafür dankbar sein, dass er die bereits in früheren Änderungsentwürfen vorgesehene Möglichkeit realisierte, den Güterstand auch nach Eingehung der Ehe abzuändern (Art. 204 B.W.) Auf Grund einer Umfrage und statistischen Erhebung über die Anwendung dieser Bestimmung in der Praxis konnte festgestellt werden, dass sie ein wirkliches Bedürfnis befriedigt.

Auch hier hat aber die gesetzliche Regelung meines Erachtens einen technischen Fehler. Das Verbot von Schenkungen unter Ehegatten hat man in Art. 1715 B.W. aufrechterhalten, während man zu wenig bedacht hat, dass die in Art. 204 B.W. eröffnete Möglichkeit der Vermögensverschiebungen mit Rücksicht auf das Schenkungsverbot grosse theoretische und praktische Schwierigkeiten bereitet. Zu diesen praktischen Schwierigkeiten rechne ich auch den Versuch des Fiskus, die während der Ehe erst eingeführte Allgemeine Gütergemeinschaft der Schenkungssteuer zu unterwerfen. Diesen Versuchen hat die bedeutsame Entscheidung des Hogen Raad vom 28. Januar 1959 ein Ende gesetzt. Der spürbare Einfluss dieser Entscheidung auf die praktische Anwendung der Änderungsmöglichkeit des Güterstandes während der Ehe ist bei meiner Untersuchung deutlich hervorgetreten.

Zahlreiche andere – insgesamt gesehen jedoch weniger bedeutende – Neuerungen hat die Novelle mit sich gebracht. Bisweilen hat die vermögensrechtliche Gleichstellung für die Ehefrau die Folge, dass früher nur ihr allein zustehende Befugnisse nunmehr beiden Ehegatten, und zwar einem jeden für sich, zukommen. Unter dem früheren Recht konnte allein die Ehefrau auf ihren Anteil an der Gemeinschaft verzichten, Aufhebung der Gemeinschaft verlangen und den Ehemann zur Rechenschaft und Verantwortung ziehen wegen der Verwaltung ihres Privatgutes. Nunmehr stehen diese Rechte einem jeden der Ehegatten zu (vergleiche hierzu Artikel 184, 180 und 166 B.W.). Auch in der zu einer Vorschrift zusammengefassten Beweisregelung (Art. 205 B.W.) wird nunmehr zwischen Ehemann und Ehefrau kein Unterschied gemacht; die in den früheren Beweisvorschriften der Frau zuerkannten Erleichterungen (vergleiche Art. 221 B.W. alter Fassung) haben durch die Emanzipation ihre Rechtfertigung verloren.

Mag man auch in Einzelheiten mit der gesetzlichen Ausgestaltung der neuen Regelung nicht übereinstimmen, so muss man doch unter Berücksichtigung der gesamten Reformarbeit seinem

Urheber dankbar sein für die Ausführung dieses so lange verfolgten Zieles. Die Reform brachte uns eine moderne Regelung des Ehegüterrechts, die mit Recht von dem zentralen Gedanken der vermögensrechtlichen Gleichstellung der Ehegatten beherrscht wird.

Uns kommt die Aufgabe zu, auf der Grundlage des nunmehr geltenden Prinzips, die Regelung in Zukunft zu verbessern, soweit die Praxis dies verlangt. Üblicherweise entwickelt sich das Recht langsam. Nur selten ist es eine zwingende Forderung, das bestehende Recht auf breiter Front zu durchbrechen; dazu bedarf es Entschlossenheit. Mit gutem Grund hat man das Gesetz vom 14. Juni 1956 „Lex Van Oven“ genannt.

LIJST VAN GERAADPLEEGDE WERKEN EN VAN DE VOOR- NAAMSTE DER AANGEHAALDE TIJDSCHRIFT-ARTIKELEN

I. Handboeken:

- Asser C. – Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht
- Asser-Scholten – I. Personenrecht (1ste stuk: Familierecht), bewerkt door P. Scholten, 8ste druk (1947), geciteerd als „Asser-Scholten – I”
- Asser-Wiarda – I. Personenrecht (1ste stuk: Natuurlijke personen en Familierecht), bewerkt door J. Wiarda, 9de druk (1957), geciteerd als „Asser-Scholten-Wiarda”
- Asser-Van der Grinten – I. Personenrecht (2de stuk: Vertegenwoordiging en Rechtspersoon), bewerkt door W. C. L. van der Grinten, 3de druk (1959), geciteerd als „Asser-Scholten-Van der Grinten”
- Asser-Losecaat Vermeer-Rutten – III. Verbintenissenrecht (1ste stuk: De Verbintenis), bewerkt door P. A. J. Losecaat Vermeer, 2de druk (1958) bewerkt door L. E. H. Rutten
- Asser-Rutten – III. Verbintenissenrecht (2de stuk: De overeenkomst en de verbintenis uit de wet), bewerkt door L. E. H. Rutten, 2de druk (1961)
- Asser-Kamphuisen – III. Verbintenissenrecht (3de stuk: Bijzondere overeenkomsten), bewerkt door P. W. Kamphuisen, 3de druk (1960)
- Asser-Van der Ploeg – IV. Erfrecht, bewerkt door E. M. Meijers, bijgewerkt door P. W. van der Ploeg, 5de druk (1956)
- Asser-Anema-Verdam – V. Bewijsrecht, bewerkt door A. Anema met medewerking van P. J. Verdam, 5de druk (1953)
- Van Brakel – Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht, door S. van Brakel, 1ste deel, 3de druk (1948); 2de deel, 2de druk (1950)
- De Bruijn – Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht, door A. R. de Bruijn (1959)
- Diephuis – Het Nederlandsch Burgerlijk Recht, deel IV, door G. Diephuis, 2de druk (1885-1890)
- Van der Heijden-Van der Grinten – Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlands Recht, door E. J. J. van der Heijden, bewerkt door W. C. L. van der Grinten, 6de druk (1955)
- Klaassen-Eggens-Polak – Huwelijksgoederen- en Erfrecht, door J. G. Klaassen, herzien en bijgewerkt door J. Eggens, met medewerking van J. M. Polak, 8ste druk (1956)
- Land-Star Busmann – Verklaring van het Burgerlijk Wetboek (I), door N. K. F. Land, bewerkt door C. W. Star Busmann, 2de druk (1914)
- Molengraaff – Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht, door W. L. P. A. Molengraaff, 9de druk, I (1953) en III (1955)
- Molengraaff – De Faillissementswet verklaard, door W. L. P. A. Molengraaff, bewerkt door C. W. Star Busmann, 4de druk (1951)
- Opzoomer-Grünebaum – Het Burgerlijk Wetboek verklaard (I), door C. W. Opzoomer, bewerkt door A. Grünebaum, 3de druk (1911)

- Petit – De burgerlijke rechtstoestand der gehuwde vrouw, door C. J. J. M. Petit (1930)
- Pitlo–Meijling – Het Personenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, door A. Pitlo en G. Meijling, 3de druk (1953)
- Pitlo–Meijling – Supplement op Het Personenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, door A. Pitlo en G. Meijling (1958)
- De Pinto – Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek, door A. de Pinto, 6de druk (1885)
- Polak – Handboek voor het Nederlandsche Handels- en Faillissementsrecht (I), door M. Polak, 5de druk (1935), geciteerd als „M. Polak”
- Schermer–Böthlingk – Ontwerpen van Notariële Akten, 1ste deel, door J. P. W. Schermer, bewerkt door C. M. Böthlingk, 5de druk
- Schermer–Mijs – Idem, 3de deel, door J. P. W. Schermer, ten dele bewerkt door A. Mijs, 4de druk
- Suijling – Inleiding tot het Burgerlijk Recht, door J. Ph. Suijling: I, 3de druk (1948)
- II (1), 2de druk (1934)
- VI, Erfrecht, met medewerking van H. F. R. Dubois (1931)
- VII, Huwelijksgoederenrecht (1943)
- Veegens–Pitlo – Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht (deel I), door J. D. Veegens, bewerkt door A. Pitlo, 4de druk (1941)
- Völlmar – Nederlands Burgerlijk Recht (deel I), door H. F. A. Völlmar, 2de druk (1951)
- Völlmar – De Faillissementswet, door H. F. A. Völlmar, 3de druk (1948)

II. Diverse publicaties:

- Baeteman – La réforme des régimes matrimoniaux, door G. Baeteman, opgenomen in „Travaux et Conférences” van de Vrije Universiteit te Brussel (1960)
- Baeteman en Lauwers – Devoirs et Droits des Epoux, Commentaire théorique et pratique des Lois du 30 avril 1958 et du 22 juin 1959, door G. Baeteman en J. P. Lauwers (Brussel 1960)
- De Bruijn – Het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk, Inaugurale Rede te Utrecht (1958) door A. R. de Bruijn
- Van Ewijk–Polak – De wet tot opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw, teksten en toelichtende stukken, bewerkt door O. W. van Ewijk en J. M. Polak (1956)
- „Gedragslijnen” – „In de praktijk te volgen gedragslijnen bij het onderzoek naar de bestuursbevoegdheid van gehuwde personen bij het rechtsverkeer in onroerend goed”, uitgegeven door de notariële broederschappen en organisaties van institutionele beleggers in Nederland (1957)
- Klein – Enkele opmerkingen over art. 177 B.W., Openbare Les te Groningen (1 december 1959), door J. Klein
- Luijten – Hoofd der Echtvereniging, Openbare Les te Nijmegen (11 maart 1960), door E. A. A. Luijten
- Meijers – Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting Boeken 1–4 en 5, door E. M. Meijers (1954/1955)
- Rombach en De Vries – Vademecum voor de notariële praktijk betreffende het maken van huwelijksvoorwaarden na 1 januari 1957, door J. Rombach en W. G. de Vries (1957)
- Scholten – Verzamelde Geschriften van P. Scholten, samengesteld door

- G. J. Scholten, Y. Scholten en M. H. Bregstein, I en III (1949, 1951)
 De Smidt – Een nieuw Huwelijksbeletsel? Inaugurale Rede te Amsterdam
 (1956) door J. Th. de Smidt
 „Het Testament” – Bundel monografieën uitgegeven ter gelegenheid van
 het honderdjarig bestaan van de Broederschap der Candidaat-
 Notarissen (1951), onder redactie van E. M. Meijers en J. Eggens

III. Dissertaties:

- Bakker-Nort B. – Schets van de rechtspositie der gehuwde vrouw (Groningen 1915)
 Boon I. – De vaststellingsovereenkomst (Leiden 1945)
 Böhlingk C. M. – Vergoedingsrechten (Leiden 1917)
 De Bruijn A. R. – Het sluiten van zaken buiten de huwelijksgemeenschap door erflaters en schenkers overeenkomstig art. 175 slot B.W. (Utrecht 1945)
 Buining J. R. H. – Beschouwingen over het verblijvensbeding (Groningen 1932)
 Fockema Andreae A. D. H. – De rechtstoestand der gehuwde vrouw (Leiden 1898)
 Koenen H. J. – Beschouwingen over rechtsgemeenschap (Amsterdam 1891)
 Kok A. E. – Het huwelijksgoederenrecht in het Duitsche Burgerlijk Wetboek (Leiden 1903)
 De Lange C. J. – De huwelijksvoorwaarden in theorie en in de praktijk (Leiden 1920)
 Langemeijer G. E. – Zaaksvervanging (Leiden 1927)
 Petit C. J. J. M. – Overeenkomsten in strijd met de goede zeden (Leiden 1920)
 Van der Ploeg P. W. – Testamentair Bewind (Leiden 1945)
 Rijkssen J. – Beheerbeding en maritale machtiging (Utrecht 1942)
 Thiel J. H. – De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen (Amsterdam 1903)
 Versteeg J. – Het recht van medeëigendom (Leiden 1912)
 Wilms J. G. A. – Over schenkingen tusschen echtgenooten in het Romeinsche recht (Gent 1934)

IV. Prae-adviezen, uitgebracht voor de Broederschap der Notarissen in Nederland (Not.) de Broederschap der Candidaat-Notarissen (Cand.Not.) en de Nederlandse Juristen-Vereniging (N.J.V.):

- Van Brakel S. – Huwelijksvoorwaarden houdende uitsluiting van elke huwelijksgoederengemeenschap (Not. 1935)
 Buining J. R. H. – Het Fideicommis de Residuo (Cand. Not. 1952)
 Buining J. R. H. – Enkele problemen rondom schenkingen in verband met het schenkingsrecht (Not. 1962)
 Dekkers R. – Problemen van Levensverzekering (Cand. Not. 1960)
 Dijk P. L. – Enige civielrechtelijke aspecten van de schenking (Cand. Not. 1962)
 Klein J. – Enige civielrechtelijke aspecten van de schenking (Cand. Not. 1962)
 Kuyk G. J. H. – De natuurlijke verbintenis en haar ontwikkeling in de praktijk (Not. 1947)
 De Lange C. J. – Maatregelen, welke in de praktijk door echtgenooten of ouders worden getroffen, om zekere gedeelten van hun boedel aan

- den langstlevende hunner of aan bepaalde door hen aangewezen kinderen te verzekeren (Cand. Not. 1932)
- Lubbers A. G. (Sr.) – Hoe moet, aangenomen dat de getrouwde vrouw volledige handelingsbevoegdheid krijgt, het huwelijksgoederenrecht geregeld worden? (N.J.V. 1927)
- Lubbers A. G. (Sr.) – Huwelijksvoorwaarden houdende uitsluiting van elke huwelijksgoederengemeenschap (Not. 1935)
- Luijten E. A. A. – De Ouderlijke Boedelverdeling volgens de artt. 1167 e.v. B.W. (Cand. Not. 1958)
- Martens C. H. C. M. – Vergoedingsrechten en -plichten bij beperkte gemeenschappen (Cand. Not. 1939)
- Miseroy Ch. – Is het wenschelijk het beginsel onzer huwelijkswetgeving van wettelijke gemeenschap van goederen te behouden? (N.J.V. 1904)
- Nouwen L. J. M. – Enkele problemen rondom schenkingen in verband met de inkomstenbelasting (Not. 1962)
- Van Oven J. C. – Hoe moet, aangenomen dat de getrouwde vrouw volledige handelingsbevoegdheid krijgt, het huwelijksgoederenrecht geregeld worden? (N.J.V. 1927)
- Van Oven J. C. – Huwelijksvoorwaarden in verband met faillissement (Cand. Not. 1931)
- Van Oven J. C. – De goodwill in het privaatrecht (Cand. Not. 1953)
- Petit C. J. J. M. – Bescherming van rechten van derden (Not. 1948)
- Pitlo A. – Het Fideicommiss de Residuo (Cand. Not. 1952)
- Van der Ploeg P. W. – Wat is een uiterste wil? (Not. 1960)
- Polak J. M. – Het nieuwe huwelijksgoederenrecht (Not. 1957)
- Supplement op dit prae-advies: Huwelijkse Voorwaarden.
- Prakken A. – Het nieuwe huwelijksgoederenrecht (Not. 1957)
- Supplement op dit prae-advies: Artt. 162 eerste lid en 177 B.W.
- Smits P. H. – Vergoedingsrechten en -plichten bij beperkte gemeenschappen (Cand. Not. 1939)
- Swane F. W. – Vaststellings- en bewijsovereenkomsten (Not. 1942)
- Veegens D. J. – De natuurlijke verbintenis en haar ontwikkeling in de praktijk (Not. 1947)
- Versteeg Th. A. – Overgangsrecht mede in verband met de invoering van het nieuwe B.W. (Not. 1956)
- Van Vrijberghe de Coningh A. W. J. – Maatregelen, welke in de praktijk door echtgenooten of ouders worden getroffen, om zekere gedeelten van hun boedel aan den langstlevende hunner of aan bepaalde door hen aangewezen kinderen te verzekeren (Cand. Not. 1932)
- Waldorp J. C. J. – Huwelijksvoorwaarden in verband met Faillissement (Cand. Not. 1931)
- Westbroek W. – Problemen van Levensverzekering (Cand. Not. 1960)

V. Tijdschrift-artikelen:

- Baeteman G. – „De Hervorming van de huwelijksstelsels in België” in Rechtskundig Weekblad (jrg. 24 no. 41)
- De Bruijn A. R. – „Ons gemoderniseerde huwelijksvermogensrecht” in W.P.N.R. 4465 t/m 4472 (jrg. 1956)
- De Bruijn A. R. – „Het begrip „bestuur” in artikel 177 B.W.” in W.P.N.R. 4631/4632 (jrg. 1960)
- De Bruijn A. R. – „Rechterlijk ingrijpen in het bestuur der huwelijksgemeenschap”, in W.P.N.R. 4701 (Eggens-nummer, 9 dec. 1961)

- De Bruijn A. R. - „De toepassing van art. 164a B.W.” in W.P.N.R. 4724 t/m 4726 (jrg. 1962)
- Dekkers R. - „Twee kapiteins op hetzelfde schip” in Rechtskundig Weekblad (jrg. 23 no. 4)
- Delva W. - „Is de man nog wel hoofd van het gezin?” in Tijdschrift voor Notarissen (1959 p. 81/85)
- Douwes H. - „Prof. Van Oven contra minister Van Oven?” (m.o. J. C. van Oven) in W.P.N.R. 4481 (jrg. 1957)
- Dozy F. B. - „Rondom de rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden” in W.P.N.R. 4562 t/m 4564 (jrg. 1958)
- Van der Grinten W. C. L. - „N.V. tussen echtgenoten” in De Naamloze Vennootschap (jrg. 37 no. 10)
- De Grooth G. - „Het nieuwe huwelijksgoederenrecht sinds de opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw” in R. M. Themis 1957 p. 197-245
- De Grooth G. - „De twee zuilen van het nieuwe recht der gemeenschap van goederen” in W.P.N.R. 4623/4624 (jrg. 1960)
- Hermesdorf B. H. D. - „Notaristypen bij Honoré de Balzac” in W.P.N.R. 4642 t/m 4644 (jrg. 1960)
- Hoervers W. - „De opheffing van de handelingsonbekwaamheid der gehuwde vrouw” (m.o. redactie) in W.P.N.R. 4460 (jrg. 1956)
- Jansen A. - „De gewone gang der huishouding” in W.P.N.R. 4492 (jrg. 1957)
- Lubbers A. G. (Jr.) - „Pensioen en gemeenschap” in W.P.N.R. 4701 (Eggenummer, 9 dec. 1961)
- Luijten E. A. A. - „De gemeenschap van vruchten en inkomsten in het licht der emancipatie” in W.P.N.R. 4481 (jrg. 1957)
- Van Oven J. C. - „Artikel 177 B.W.” in W.P.N.R. 4482 t/m 4484 (jrg. 1957)
- Van der Ploeg P. W. - „Welke overeenkomsten zijn huwelijksvoorwaarden?” in W.P.N.R. 4485/4486 (jrg. 1957)
- Van der Ploeg P. W. - „Huwelijksvoorwaarden” in W.P.N.R. 4501/4502 (jrg. 1957).
- Van der Ploeg P. W. - „De positie van de vrouw in het régime van de uitsluiting van elke gemeenschap van goederen” in W.P.N.R. 4585/4586 (jrg. 1959)
- Van der Ploeg P. W. - „Schenkeningen tussen echtgenoten” in W.P.N.R. 4722 (jrg. 1962)
- Polak J. M. - „De goedkeuring van huwelijkse voorwaarden” in W.P.N.R. 4594 (jrg. 1959)
- Smalbraak J. Th. - „De goede trouw, de billijkheid en de boedelscheiding” in W.P.N.R. 4552 t/m 4556 (jrg. 1958)
- Versteeg Th. A. - Boekbespreking Klaassen-Eggen-Polak (8ste druk) in W.P.N.R. 4482/4483 (jrg. 1957)
- Wiarda J. - „Gepubliceerde feiten en goede trouw” in W.P.N.R. 4567/4568 (jrg. 1959)
- Van Zeven C. J. - „Het schenkingsverbod tussen echtgenoten”, in Ned. Juristenblad 1961 no. 32

STELLINGEN

I

De huishoudelijke arbeid der gehuwde vrouw kan niet worden beschouwd als een bijdrage tot bestrijding van de kosten der huishouding in de zin van art. 161 lid 1 (slot) van het Burgerlijk Wetboek.

II

Onder „bestuur” in de zin van art. 177 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek is niet te begrijpen het sluiten van een obligatoire overeenkomst tot vervreemding of bezwaring van een tot de gemeenschap behorende zaak.

III

De regel van art. 204 van het Burgerlijk Wetboek, dat — onder de daar genoemde beperkingen — gedurende het huwelijk huwelijksvoorwaarden kunnen worden gemaakt of gewijzigd, impliceert niet zelf een nieuwe — door de Wet van 14 juni 1956 (S. 343) geschapen — uitzondering op het in art. 1715 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde schenkingsverbod.

IV

Levert de gemeenschap van vruchten en inkomsten, bedoeld bij art. 219 van het Burgerlijk Wetboek, bij haar ontbinding een verliessaldo op, dan is dit te brengen ten laste van de echtgenoot, die het verlies heeft veroorzaakt, tenzij de echtgenoten daaromtrent bij huwelijksvoorwaarden een afwijkende regeling hebben getroffen.

V

De leer, dat de boedelscheiding zou behoren tot de zgn. abstracte rechtshandelingen, behoort te worden verworpen.

VI

De wettelijke regeling in art. 19 der Wet op Stichtingen van 31 mei 1956 (S. 327) betreffende de omzetting van een stichting in een naamloze vennootschap is ontoereikend en schept o.m. rechtsonzekerheid ten aanzien van de vraag, wie de aandeelhouders der vennootschap zijn. In het algemeen zal tot de omzetting de medewerking dezer laatsten onontbeerlijk zijn. Het verdient aanbeveling reeds thans de regeling van art. 2.1.10 f Nieuw B. W. te volgen.

VII

Het op de in oktober 1960 te s-Gravenhage gehouden Negende Zitting van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht vastgestelde „Projet de Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires” (Tractatenblad 1960, 170) behoort door Nederland niet te worden aanvaard zonder gelijktijdige invoering van wettelijke bepalingen om betreffende de thans bij de afwikkeling van nalatenschappen gebruikelijke „verklaring van erfrecht”

VIII

Het is rehtens mogelijk, dat bij de oprichting ener naamloze vennootschap ook door anderen dan haar oprichters in het geplaatst kapitaal wordt deelgenomen, deze deelname stempelt de nemer der betrokken aandelen nog niet tot oprichter.

IX

De ouderlijke boedelverdeling was in het Oud-Vaderlandse recht geen onbekende rechtsfiguur doch haar praktisch gebruik was gering, daarom aan legaten van bepaalde zaken zakelijk rechtsgevolg toekende.

X

Indien het wetsontwerp „Wijziging van de Pachtwet in verband met het vervallen van de Wet op de vervreemding van landbouwgronden” (zitting 1961/1962 no. 6641) ongewijzigd wordt aanvaard, zal rechtsonzekerheid worden veroorzaakt door het feit dat het eerste lid van art. 56b der Pachtwet aan de verpachter de verplichting tot kennisgeving aan de pachter reeds oplegt zodra eerstgenoemde „tot vervreemding van het verpachte of een deel daarvan wil overgaan”, in verband met de redactie der sanctiebepaling van het tevens bij bedoeld wetsontwerp voorgestelde eerste lid van art. 56b der Pachtwet behoorde de wet scherper aan te geven in welk stadium de wil van de verpachter tot vervreemding rehtens relevant wordt

XI

Ten onrechte houden art. 46 der Registratiewet en art. 60 der Zegelwet geen rekening met de moderne concern-vorming bij naamloze vennootschappen, dit leidt tot onrechtvaardige gevolgen, met name tot een — in feite — meervoudige heffing van kapitaalsrecht resp. zegelrecht, indien door een moeder-maatschappij kapitalen worden aangetrokken ten behoeve van haar dochter-maatschappij.

